

## **NOTA INFORMATIVA EN RELACIÓN CON EL PROCESO SELECTIVO PARA EL INGRESO EN EL CUERPO DE GESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA, SUBGRUPO A2.**

El *Diario Oficial de Galicia* núm. 114, de 18 de junio de 2015, publica la ORDEN de 15 de junio de 2015 por la que se convoca proceso selectivo para el ingreso en el cuerpo de gestión de la Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A2.

Cumpliendo con el compromiso adquirido, la EGAP, continúa con la publicación de los temarios correspondientes a los distintos procesos selectivos convocados formalmente.<sup>1</sup>

La publicación del mismo en la página web de la Escuela (<http://egap.xunta.gal>), se hace en las dos lenguas oficiales.

Para mayor información se pueden poner en contacto con el servicio de Estudios, Investigación y Publicaciones a través del correo electrónico [temarios.egap@xunta.gal](mailto:temarios.egap@xunta.gal), y de los teléfonos 881 997 251, 981 546 241, 881 997 014, 981 546 239 y 981 546 238.

La Escuela reitera que los temarios por ella facilitados **no tienen carácter oficial**, por lo que **en ningún caso vincularán a los opositores o a los tribunales**. En consecuencia deben considerarse instrumentos complementarios que servirán de apoyo y ayuda como textos de referencia pero nunca de forma exclusiva y excluyente.

La EGAP carece de equipo redactor y supervisor propios en relación a los presentes temarios, motivo por el que no se responsabiliza de los errores puntuales y/o eventuales faltas de actualización normativa de los que aquellos puedan adolecer.

Santiago de Compostela, 12 de noviembre de 2015

Actualización: 17 de noviembre 2016<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Tal y como figura en la convocatoria:

"II. Proceso selectivo.

II.1. Fase de oposición.

En todos los ejercicios de la fase de oposición se tendrán en cuenta las normas de derecho positivo relacionadas con el contenido del programa que en el momento de publicación en el DOG del nombramiento del tribunal del proceso cuenten con publicación oficial en el boletín o diario correspondiente, aunque su entrada en vigor esté diferida a un momento posterior."

2 Temas modificados 06/07/2016:

Epígrafe I. Derecho constitucional: Tema 10. El Gobierno (...), Tema 11. La Administración general (...), Tema 12. Los organismos públicos (...) y Tema 13. Las sociedades mercantiles (...).

Epígrafe II. Derecho autonómico y derecho local: Tema 12. Las relaciones (...).

Epígrafe IV. Derecho administrativo: Tema 1. Las fuentes (...), Tema 2. El reglamento(...), Tema 7. El acceso electrónico (...), Tema 10. La organización (...), Tema 11. El acto administrativo (...) y Tema 12. La eficacia (...).

Temas modificados 14/09/2016:

Epígrafe IV. Derecho administrativo: Tema 13. Nulidad de pleno derecho (...), Tema 14. Revisión de oficio (...) y Tema 15. El procedimiento administrativo (...).

Temas modificados 17/11/2016:

Epígrafe II. Derecho autonómico y derecho local: Tema 7. Las administraciones públicas.

Epígrafe IV. Derecho administrativo: Tema 4. La relación jurídico-administrativa (...), Tema 5. El principio de legalidad (...), Tema 6. Los derechos de los ciudadanos (...), Tema 16. Fases del procedimiento (...), Tema 17. Los recursos administrativos (...), Tema 18. La potestad sancionadora (...), Tema 19. La responsabilidad patrimonial (...), Tema 22. Los contratos (...), Tema 23. Partes del contrato (...), Tema 24. Preparación de los contratos (...), Tema 25. Efectos de los contratos (...) y Tema 26. El servicio público (...)

# **TEMA 1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA. LÍNEAS FUNDAMENTALES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.**

## **TEMA 1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA. LÍNEAS FUNDAMENTALES DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL.**

### **Concepto de constitución**

La Constitución escrita es un fenómeno relativamente reciente en la historia de la organización de las sociedades humanas. Únicamente a lo largo del siglo XVIII empiezan a existir documentos en los que pretende fijarse por escrito las normas a las que debe responder la organización política general de la sociedad, con especificación de los órganos y procedimientos a través de los cuales se debe ejercer el poder, así como de la relación de tales órganos con los individuos y sus derechos.

Dichos documentos aparecen por primera vez en las Colonias inglesas de América del Norte y después en los Estados Unidos constituidos por aquellas colonias tras la independencia de la corona británica. Posteriormente, Francia se incorporará al mundo de la Constitución escrita tras la Revolución con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y con la Constitución de 1791. De Francia la Constitución se extenderá al continente europeo a lo largo del siglo XIX.

Así pues, el fenómeno de la Constitución escrita es relativamente nuevo. Sin embargo, el término «constitución» es antiquísimo, casi tanto como la reflexión sobre la política, habiéndose hecho uso de él de manera abundante en la Antigüedad clásica, así como en la literatura política y jurídica tardomedieval y moderna. De forma similar, si la afirmación inicial de la Constitución escrita se produce en una zona del planeta exclusivamente, en los dos siglos siguientes conocerá un proceso de expansión extraordinario, pasando a convertirse en la forma general de organización del poder en prácticamente todo el mundo. En la actualidad, tras los diversos procesos de descolonización, todo el planeta está integrado por Estados y todos los Estados tienen una Constitución.

Siguiendo a PÉREZ ROYO, la diferencia del término Constitución en la literatura política de la Antigüedad clásica, tardomedieval y moderna, y el concepto de Constitución tal como se utiliza en el siglo XVIII para hacer referencia a la Constitución política del Estado, radica en que en la teoría política preestatal el término pertenece al mundo del ser, es un término descriptivo. En la teoría política estatal, en cambio, el término pertenece al mundo del

deber ser, es un término prescriptivo.

En las sociedades basadas en la desigualdad por naturaleza de los seres humanos, el poder era algo natural que no necesitaba ser constituido. Formaba parte de la naturaleza o constitución general de la sociedad, ya que no era posible pensar ésta sin la presencia del poder. En las sociedades que se basan sobre el principio de igualdad, por el contrario, el poder político tiene que ser constituido, porque no es algo natural, sino artificial, porque es el resultado de «la técnica del hombre». La sociedad igualitaria tiene espontáneamente una constitución social, pero *tiene que darse* una Constitución política, tiene que constituir el Estado.

A partir de mediados del siglo XVII, en la teoría política inglesa con terminología vacilante, y a partir del XVIII de forma expresa, el concepto de Constitución se transforma en un concepto prescriptivo, que pertenece al mundo del deber ser. La Constitución se refiere al origen del poder, a cómo se crea el poder y no simplemente a cómo se pasa de una forma de ser del poder a otra.

«Una Constitución es algo que precede al gobierno y el gobierno es únicamente una creación de la Constitución. La Constitución de un país no es un acto de su gobierno, sino del pueblo que constituye un gobierno», diría Thomas PAINE en *The Rights of Man*. Y no menos expresivos serían los textos constitucionales. Los de las colonias tras la independencia primero: «Ordenamos, declaramos y establecemos la siguiente Declaración de Derechos y *Frame of Government* (división de poderes), a fin de que sea la Constitución de esta *Commonwealth*» (*Constitución de Pennsylvania*), y la Constitución Federal después: «Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, [...] ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América».

En el mismo sentido se expresarían los revolucionarios franceses. «Es imposible crear un cuerpo para un fin sin darle una organización, sin darle las formas y las leyes adecuadas para hacerle cumplir las funciones a las que se le quiere destinar. *Es lo que se denomina la Constitución de este cuerpo*. Es evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno constituido debe tener una Constitución», diría SIEYES en *¿Qué es el Tercer Estado?*, y MOUNIER, en *Rapport du Comité chargé du Travail sur la Constitution* de 9 de julio de 1789, añadiría: «Hemos tenido que formarnos una idea precisa del término



Constitución [...]. Hemos pensado que una Constitución no es otra cosa que un orden fijo y establecido de la manera de gobernar; que este orden no puede existir si no está apoyado en reglas fundamentales, *creadas mediante el consentimiento libre y formal de una nación* o de quienes ella ha elegido para que la representen [...]. Así pues, una Constitución es una forma precisa y constante de gobierno o, si se prefiere, la expresión de los derechos y obligaciones de los diferentes poderes que lo componen». Y una vez fijada la «idea precisa de Constitución», MOUNIER subrayaría dos requisitos: la voluntad popular y la limitación del poder. «Cuando la manera de gobernar no deriva de la voluntad del pueblo claramente expresada, no hay Constitución; no hay más que un gobierno de hecho [...]. Si la autoridad no tiene límites, es necesariamente arbitraria, y nada está más directamente opuesto a una Constitución que el poder despótico». Tras dicho *Rapport*, se comprende fácilmente la redacción del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada y la división de poderes determinada, no tiene Constitución».

La Constitución escrita es un producto típico de la Ilustración. El «ideal» del constituyente de finales del XVIII sería descubrir a partir del estudio de la naturaleza del ser humano, mediante el uso de la razón, cuál es la Constitución que debe presidir su organización en sociedad. Y una vez descubierta esa Constitución, fijarla por escrito de manera prescriptiva. Como observó a finales del siglo XVIII *El Federalista* en su defensa del Proyecto de Constitución Federal aprobado en la Convención de Filadelfia, en el primero de los artículos dedicados a dicho proyecto de Constitución, publicados en la prensa de Nueva York, para convencer a los ciudadanos de la conveniencia y oportunidad de su ratificación: lo que está en juego es «la importante cuestión de si las sociedades humanas son realmente capaces de establecer un buen gobierno a partir de la reflexión y la opción racional, o si están destinadas para siempre a depender en sus constituciones políticas del azar y de la fuerza». Nos encontramos —añadía *El Federalista*— «en la era en que la decisión tiene que ser tomada» y «una opción errónea merecería ser considerada como una desgracia general para la humanidad».

Por ello, la Constitución escrita ha sido definida de manera muy acertada por GARCÍA PELAYO como *Constitución racional normativa*. Con dicha denominación se pretende hacer

visible que se concibe «la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos».

La Constitución racional normativa es el resultado de la combinación de un elemento formal y otro material. Formalmente, tiene que ser un producto de la sociedad, creado por ella misma, y no una norma que se le impone sin su consentimiento. Materialmente, la Constitución tiene que permitir a la sociedad autodirigirse políticamente de manera permanente. La sociedad no solamente debe ser libre en el momento de aprobar la Constitución, sino que debe continuar siéndolo después de manera indefinida.

Cuando alguno de estos dos elementos falla, aunque se utilice el término Constitución, no nos encontramos ante un «régimen constitucional», sino ante algo distinto. A lo largo de estos dos últimos siglos han sido muchas las experiencias de «abuso» del término Constitución. De ahí que, atendiendo a su eficacia o a la concordancia que existe entre el texto constitucional y las formas de ejercicio del poder, distingue LOEWENSTEIN entre Constituciones normativas, nominales y semánticas. Las normativas son aquellas que establecen un orden que coincide plenamente con el descrito por el texto constitucional, produciéndose un elevado grado de adecuación entre la Constitución y el proceso político. Las nominales son aquellas que carecen de una realidad existencial pues, si bien son jurídicamente válidas, la realidad política nunca se adaptará a la norma. Y las semánticas son aquellas que enmascaran las fuerzas reales que detentan el poder, pues su finalidad es servir de tapadera a una situación política tal que, si no existiese Constitución, no sería diferente.

Esta conjunción de ideas antes referidas desembocó a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX en la formación del modelo liberal de Constitución caracterizado por cinco notas básicas:

1. La Constitución es un acto de autodeterminación de la comunidad mediante el cual los miembros de ésta, de forma libre y democrática, deciden constituirse en comunidad política soberana. La Constitución emana por tanto del pueblo, y no de la concesión de una autoridad superior y preexistente, o de un pacto entre esta

autoridad y el pueblo.

2. La Constitución es un sistema de normas jurídicas, no una declaración retórica de intenciones. De esta forma, la Constitución tiene fuerza de obligar a ciudadanos y a poderes públicos.

3. La Constitución es la norma jurídica suprema, cúspide del sistema normativo, lo que entraña dos consecuencias:

a. Una de orden formal, lo que supone que su modificación y derogación se encuentra sometida a trámites especiales, más dificultosos que los previstos para la reforma de las leyes.

b. Otra de orden material, que es su superioridad sustantiva respecto de las restantes normas que sólo serán válidas y aplicables en la medida en que respeten los postulados de la Constitución.

4. La Constitución asume, por naturaleza, la forma de norma escrita. Ello se debía a la idea de la superioridad de la norma escrita sobre la inseguridad de la costumbre, y a la configuración de la Constitución como un medio de educación cívica.

5. La Constitución requiere, para merecer la condición de tal, que su contenido se ajuste a los principios de la ideología liberal, fundamentalmente los contenidos en el artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789: garantía de los derechos individuales y separación de poderes. Señala en este sentido GARCÍA PELAYO que el concepto de Constitución trató de ser monopolizado por una determinada tendencia, por el modelo liberal burgués, de modo que cualquier ordenación fundamental del Estado no sería Constitución.

Sin embargo, desde el momento mismo en que se produjo el triunfo del movimiento liberal, a ambos lados del océano Atlántico se perfilaron dos tradiciones netamente diferentes: la de Estados Unidos, de una parte, y la de Europa, de la otra. Dos tradiciones que, siguiendo a BLANCO VALDÉS, sirvieron para configurar dos conceptos de Constitución muy diferentes desde el punto de vista de su valor: un valor jurídico en el caso norteamericano y un valor político en el de los Estados europeos. En efecto, mientras la Constitución fue concebida en Europa durante la mayor parte de los dos últimos siglos

como un documento político que se limitaba a organizar y disciplinar el ámbito funcional de los poderes del Estado, básicamente de los poderes legislativo y ejecutivo, y sus relaciones y limitaciones, de forma tal que aquello en que ambos poderes convinieran resultaba constitucionalmente legítimo, la misma Constitución fue considerada en los Estados Unidos, desde los momentos inmediatamente posteriores a la aprobación de la Carta de Filadelfia, como una norma jurídica que más allá de cumplir las funciones que acababan de apuntarse se conformaba, además, como una norma básica del ordenamiento jurídico del Estado que, como tal, era aplicable no sólo a los operadores políticos, sino también determinante de las relaciones entre aquellos y los particulares, al configurarse como auténtico y supremo derecho del Estado.

La Revolución norteamericana estuvo marcada de modo decisivo por la ausencia en los territorios coloniales de los poderes que en la vieja Europa habían caracterizado a la sociedad del Antiguo Régimen, lo que permitió en buena medida a quienes dirigieron primero la proclamación de independencia y después, la construcción del nuevo Estado federal ahorrarse aquel duro enfrentamiento que, por contraste, caracterizó el desarrollo de las revoluciones liberales en Europa: el generado por la fuerte oposición social e institucional a la Revolución y a sus conquistas políticas, sociales y económicas. Así las cosas, en tanto que los liberales europeos debieron combatir unos restos históricos dotados de una notable capacidad de recuperación y resistencia, los norteamericanos pudieron, en contraste, y como en *La democracia en América* escribiría más tarde TOCQUEVILLE, beneficiarse de su particular punto de partida: «Mientras en la madre patria la jerarquía de los rangos clasificaba aun despóticamente a los hombres, la colonia ofrecía cada vez más el espectáculo de una sociedad homogénea en todas sus partes». Será precisamente esa homogeneidad, y algunas de sus fundamentales consecuencias desde el punto de vista institucional (la ausencia en Norteamérica de un monarca absoluto al que en Europa iba a ser necesario *reubicar*, constitucionalizándolo como jefe del Estado, en el nuevo entramado de poderes surgido de la Revolución), la que permitirá a los americanos optar por un nuevo tipo de régimen político: la república. Todo ello eliminaba, además, la necesidad de hacer del parlamento el garante del nuevo Estado constitucional, que será justamente la exigencia políticamente ineludible surgida, primero en Francia y luego en los restantes Estados europeos, tras el triunfo de la Revolución y el

establecimiento de quienes muy pronto serán sus más señalados adversarios: los monarcas constitucionales en que se transmutaban los antiguos monarcas absolutos. No siendo, por tanto, el parlamento en Norteamérica la clave de bóveda sobre la que reposaba el conjunto del sistema, resultaba imaginable lo que en Francia y, por su influencia, en toda Europa, apareció, por el contrario, como de todo punto inimaginable: que sus leyes debieran respetar los contenidos de la Constitución y debieran entenderse inaplicables en el caso de que vinieran a violarlos.

En suma, la Constitución vendrá muy pronto a configurarse en Norteamérica como una norma jurídica que, por serlo, no puede ser contradicha por las leyes, correspondiendo al conjunto de los jueces, como una parte de su función aplicadora de la ley, la facultad de vigilar aquella coherencia.

Pero lo que para los «Padres Fundadores» de la Unión no ofrecía dudas, iba a resultar en cambio pura y simplemente impensable para sus correligionarios del viejo continente: los revolucionarios europeos. Consecuentes con las necesidades y limitaciones de su época y su espacio, los triunfadores de 1789 no considerarán necesario proteger a la Constitución del parlamento, ni, por lo tanto, de la ley, porque estaban persuadidos de una idea que respondía a la realidad en que se asentaba su proyecto: la de que sería justamente el parlamento el principal garante de la Constitución y de sus conquistas. Con ello la norma constitucional acabará siendo lo que no podía sino ser en esas circunstancias: un documento político permanentemente a disposición de los dos órganos fundamentales a los que se atribuirá la dirección del Estado constitucional, esto es, del rey y el parlamento. Todo aquello en que convinieran el parlamento, en su condición de titular del poder legislativo, y el monarca, titular, por su parte, del poder ejecutivo y copártcipe en la función de legislar a través de su facultad de sancionar las leyes aprobadas por las Cámaras, devendría perfectamente constitucional, sin que existiese poder u órgano alguno que pudiera atreverse a controlarlo.

Por todo ello, la mayoría de las constituciones europeas fueron durante una buena parte de los dos últimos siglos sólo una sombra de lo que sus impulsores originarios habían imaginado que serían: la desvalorización del mecanismo representativo a través de distintas formas de sufragio restringido, la sistemática limitación legal de los derechos

constitucionalmente proclamados, la consolidación de una forma política de monarquía constitucional que colocaba a los reyes en el centro del escenario institucional, o el dominio del parlamento por cerrados grupos oligárquicos que dejaban fuera de la vida política a la inmensa mayoría de la sociedad, vinieron a pervertir, hasta hacerlo prácticamente irreconocible, el programa constitucional del liberalismo revolucionario anteriormente mencionado. Así, de una parte, los conservadores, señaladamente BURKE y DE MAISTRE, afirmarían que la Constitución no es otra cosa que la forma tradicional de ser de un pueblo y de sus instituciones políticas. Pero, de otra parte, tampoco debe extrañar a la vista de tal evolución que, a punto de abrirse el último tercio del siglo XIX, uno de los líderes europeos del movimiento socialista, el filósofo socialdemócrata alemán Ferdinand LASALLE, afirmase en su conferencia *¿Qué es una Constitución?*, pronunciada en Berlín en 1862 y devenida con el tiempo un texto clásico, que las constituciones eran sólo las hojas de papel a través de las que se expresaban los factores reales de poder vigentes en cada país. Así pues, en Europa las Constituciones iban a carecer durante largo tiempo de los instrumentos de defensa propios del resto de las leyes: de hecho, hasta el período de Entreguerras, ya entrado el siglo XX. Sólo entonces se afrontará de nuevo la cuestión de cómo dotar de garantías efectivas a una norma que, para serlo de verdad, debía poder imponerse a las demás. Solo en ese momento se producirá ese decisivo tránsito, que está en la base de las normas fundamentales de las que ahora disfrutamos en buena parte de los países europeos, del valor político al valor jurídico de la Constitución, que se plasmó con la creación en Europa de órganos *ad hoc* —los tribunales constitucionales— encargados de defender a la Constitución frente a la ley o, dicho de otro modo, de asegurar la supremacía de la Constitución como norma jurídica básica y superior del ordenamiento jurídico.

En este marco teórico tiene lugar el movimiento constitucional que sigue a la Segunda Guerra Mundial, movimiento que se caracteriza, entre otros rasgos, por el de una recuperación pura y simple del modelo liberal normativo de Constitución. La Constitución viene a configurarse como un sistema de normas jurídicas con un contenido determinado que ostenta la calidad de norma jurídica superior.

Por ello en la actualidad la Constitución se define por los siguientes rasgos característicos:

1. La Constitución es una norma jurídica. En este sentido la mayoría de la doctrina entiende que todos los preceptos de la Constitución son normas jurídicas, si bien precisando que no por ello todos los preceptos constitucionales tienen la misma naturaleza. Así, junto a la existencia de normas directamente aplicables como las relativas a los derechos fundamentales, pueden existir otras que o bien contienen simples remisiones normativas, o bien poseen un carácter programático, siendo su finalidad orientar la actuación de los poderes públicos.

2. La Constitución es la norma jurídica superior, la norma suprema que ocupa el vértice de la pirámide normativa. Esta supremacía de la Constitución con origen, tal y como ya se ha indicado, en el constitucionalismo norteamericano al configurar a la Constitución como «*supreme law of the land*» tiene dos vertientes:

a) La supremacía formal, pues la Constitución entraña una serie de límites a la actividad normativa ya que es la Constitución la que establece el llamado sistema de fuentes. Pero, además, la Constitución garantiza la estabilidad de sus preceptos mediante el establecimiento de procedimientos de reforma específicos, distintos y dificultados en relación con los de las demás normas.

b) La supremacía material, pues la Constitución condiciona el contenido de todas las normas inferiores de modo que éstas son nulas si su contenido es incompatible con el texto constitucional. Para garantizar esta supremacía se han articulado mecanismos varios de control de constitucionalidad de las leyes: desde el *judicial review* norteamericano a los sistemas de jurisdicción concentrada. Además, otra manifestación de esta supremacía material es la obligación de interpretación conforme a la Constitución del resto de las normas, lo cual es, además, una importante garantía de la unidad del ordenamiento.

3. La Constitución es una norma con un determinado contenido, pues como apunta Ignacio DE OTTO, la neutralidad del concepto de Constitución entra en contradicción con la misma idea de Constitución como norma suprema. Si una norma es suprema, ha de imponer límites también al poder y, por tanto, la idea de Constitución es incompatible con un sistema político autocrático en que la titularidad del poder radique en un sujeto o conjunto de sujetos. Por tanto, del concepto de Constitución deriva su



carácter democrático sin que más allá pueda imponerse un contenido concreto a las constituciones.

### **La constitución como norma jurídica**

Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, la Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruidos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertad y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad, constituyendo así un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, y dirigido tanto a los diversos órganos de poder establecidos por la propia Constitución como a los ciudadanos.

Pero dicho sistema preceptivo debe, además, caracterizarse como supremo, como la primera de las normas del ordenamiento entero. Y ello, básicamente, por dos razones:

1. Porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del derecho, de modo que sólo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución una ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido es la fuente de las fuentes.
2. Porque, en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia o duración. De aquí, a su vez, se desprende:
  - a) Inicialmente la llamada «rigidez» de la norma constitucional, que le asegura la llamada «superlegalidad formal», que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios (así, el título X de nuestra Constitución, del que autores como DE VEGA GARCÍA hablan, más que de rigidez, de «superrigidez» o «petreidad», y que articula dos mecanismos de reforma en función de las materias afectadas: el no agravado del artículo 167 y el reforzado del artículo 168);
  - b) Pero la idea llevará también al reconocimiento de una «superlegalidad material», que asegurará a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente. Esas demás normas sólo serán válidas



si no contradicen, no ya sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa.

Como ya se ha tenido ocasión de analizar en el anterior epígrafe relativo al concepto de Constitución, la caracterización formal y jurídica de la Constitución como verdadera norma no siempre ha sido aceptada. Fue en el constitucionalismo norteamericano donde, al estar ausentes los factores monarquizantes que lastraban a Europa, resultó desde el principio que las normas contenidas en la Constitución eran derecho, el derecho supremo del país al que habían de sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que era posible el juicio de constitucionalidad del mismo.

La gran aportación americana será plasmar en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Parlamento. Así, la Constitución federal de 1787 incluirá en su artículo VI, Sección 2ª, la cláusula básica que proclama a «esta Constitución» como «el derecho supremo de la tierra» (*the supreme law of the land*), declarando la vinculación directa de los jueces a ella «no obstante cualquier disposición contraria de las constituciones o de las leyes».

Se expresa así la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución, y su consecuencia será la instrumentación en su favor del principio de la *judicial review*, que reconocerá el poder de los Tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las leyes que contradigan a la Constitución, con base en la vinculación más fuerte de la Constitución que de las leyes. Esta doctrina no será enunciada por el Tribunal Supremo hasta la conocida Sentencia de 1803 en el asunto *Marbury Vs. Madison*, obra del juez MARSHALL, que concreta definitivamente sus términos.

La recepción en Europa del sistema de justicia constitucional no va a tener lugar hasta la postguerra de 1919, por dos vías principales:

- Una vía concluye en la Constitución alemana de Weimar, que articula un tribunal al que se confían los conflictos entre poderes constitucionales y especialmente entre los distintos entes territoriales propios de la organización federal.
- El segundo sistema, que es el más importante y el que va a consagrarse

definitivamente, aunque con matizaciones significativas, es el sistema austríaco, obra personal de Kelsen, sistema expresado por primera vez en la Constitución austríaca de 1920 y perfeccionado tras la reforma de 1929.

Este sistema difiere del de la *judicial review* americana en puntos decisivos. Así, frente al llamado «control difuso» americano, que implica que todos los jueces están habilitados para inaplicar las leyes cuando las juzgan contrarias a la Constitución (multiplicidad de control en el que, sin embargo, pone orden el principio *stare decisis*, que vincula a los tribunales inferiores a la jurisprudencia de la *Supreme Court*), el sistema kelseniano configura un «control concentrado», confiado a un solo tribunal, el Tribunal Constitucional, único habilitado para declarar la inconstitucionalidad de una ley y al cual habrán de dirigirse los tribunales que estén en trance de aplicar dicha ley.

La Constitución española de 1978 es explícita en reconocerse a sí misma un valor normativo y vinculante directo que, sin mengua del monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes atribuido al Tribunal Constitucional [artículos 161.1.a) y 163 de la CE], afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (artículo 9.1 de la CE), y que, por tanto, necesariamente es aplicable, en mayor o menor medida pero efectivamente, por todos los jueces y tribunales.

La Constitución de 1978 tiene valor normativo inmediato y directo, lo cual se deduce del artículo 9.1 de la CE (que contiene el llamado por TORRES DEL MORAL «autorreconocimiento del valor normativo propio») al establecer que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

Entre los poderes públicos a los que alude el artículo 9.1 de la CE, la vinculación normativa no afecta únicamente a los poderes legislativo y ejecutivo, sino también a todos los jueces y tribunales. En este aspecto, el artículo 163 de la CE resulta un precepto capital, en cuanto establece lo siguiente: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional». Formula así dicha norma el principio de interdicción a los jueces ordinarios de aplicar «una norma con rango de ley» cuando consideren que «pueda ser contraria a la Constitución», y la correlativa obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que el

Tribunal Constitucional tiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad. Ahora bien, de dicho precepto y de su inserción constitucional resultan también las siguientes consecuencias:

1. La prohibición de declaración de inconstitucionalidad para los jueces ordinarios no se extiende ni a normas con rango inferior a la ley, ni a actos jurídicos, públicos o privados. Así, el artículo 6 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, establecerá: «Los jueces y tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley y al principio de jerarquía normativa».
2. El artículo 163 prohíbe a los jueces y tribunales ordinarios declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero no les prohíbe, antes bien ha de entenderse que precisamente les obliga a hacerlo, concluir un juicio de constitucionalidad positiva, esto es, de conformidad de la ley que tenga que aplicarse en el proceso con la Constitución.
3. El planteamiento anterior debe matizarse al contemplar la legislación preconstitucional y el efecto de la disposición derogatoria 3ª, al disponer que «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución». En algunos casos de normas anteriores contrarias a la CE en su regulación material, el juez ordinario no sólo estará vinculado por la CE, sino que esta vinculación, señala GARCÍA DE ENTERRÍA, le obligará a aplicar directamente el precepto constitucional como norma decisoria, sin necesidad de que el TC declare previamente inconstitucionales las leyes en contradicción con la CE. Esta situación, apunta ENTERRÍA, se produce al menos en los siguientes supuestos: reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, parte organizativa de los poderes constitucionales, y el supuesto hipotético de las leyes afectadas por la Disposición Derogatoria de la Constitución en su apartado 3º. Veamos cada uno de los supuestos:
  - a) En cuanto a los derechos fundamentales, el artículo 53.1 de la CE declara que los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I vinculan a todos los poderes públicos. Esta declaración del artículo 53.1 de la CE no constituye una mera repetición del artículo 9.1 de la CE, sino que este artículo 53.1 ha querido añadir un plus para su regulación constitucional consistente precisamente en que tal regulación

tiene el carácter de derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de la ley, proporcionando en este sentido el artículo 53.3 de la CE un claro argumento a contrario. Prueba de esta aplicación directa de la regulación constitucional de los derechos y libertades es el artículo 53.2 de la CE, que faculta a cualquier ciudadano a recabar la tutela de los derechos consagrados en los artículos 14 a 30 ante los tribunales ordinarios, y posteriormente en amparo constitucional. De este modo, si los tribunales ordinarios han de tutelar los derechos y libertades en la forma que los ha delineado la CE, será ésta la norma a aplicar en este proceso de tutela. De ahí que deba entenderse que la totalidad de las regulaciones preconstitucionales de los derechos fundamentales contrarias a la CE han sido directamente derogadas por la Constitución en virtud de su disposición derogatoria, sin que resulte precisa una declaración expresa de inconstitucionalidad por el TC. Por tanto, cualquier tribunal que conozca de un proceso en el que tengan incidencia los derechos fundamentales reconocidos en la CE puede aplicar directamente ésta y atribuir al derecho fundamental de que se trate la totalidad de su eficacia, no obstante la regulación anterior contraria a la CE.

b) El segundo supuesto en el que jueces y tribunales pueden aplicar directamente la CE, no obstante la existencia de ley anterior contraria, y sin necesidad de que el TC la declare previamente inconstitucional, es el caso de la parte organizativa y habilitante de los poderes públicos. Los preceptos orgánicos constitucionales son así de inmediata aplicación, debiendo entenderse derogadas las anteriores leyes contrarias, y sin necesidad de que los tribunales ordinarios promuevan una previa declaración de inconstitucionalidad por el TC.

c) Por último, cabe plantearse el alcance de la disposición derogatoria de la CE sobre la legislación anterior de contenido no estrictamente político. Esta disposición derogatoria, tras declarar derogada la Ley para la reforma política de 4 de enero de 1977, así como la Ley de 25 de octubre de 1839, en relación con el régimen foral de las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, dispone en su apartado 3º lo que sigue: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en esta Constitución». La cuestión, clara respecto de los dos casos antes examinados, se

plantea respecto del resto de la legislación anterior, en cuanto si el efecto derogatorio de la CE debe extenderse al resto de la legislación anterior en cuanto le sea reprochable una contradicción con alguna norma o principio constitucional. Esto es importante porque, si se entiende que la disposición derogatoria afecta a todas las leyes preconstitucionales, la cuestión de la contradicción con la CE como presupuesto de su derogación debería ser decidida por jueces y tribunales; en otro caso, no podría hablarse de derogación sino de inconstitucionalidad, aunque sea sobrevenida, debiendo remitirse la cuestión al TC.

Son dos los modelos que ofrece el derecho comparado:

- La fórmula de la Ley fundamental de Bonn, que entiende que la legislación anterior contraria a la Constitución debe entenderse derogada, de modo que el Tribunal Federal alemán ha remitido la determinación de la contradicción de las leyes anteriores con la Ley fundamental a los tribunales ordinarios, negándose así con carácter general a aceptar la cuestión como un problema de control de constitucionalidad de las leyes.
- La fórmula italiana es distinta, ya que la Constitución carece de fórmula derogatoria expresa y, planteado el problema, el TC italiano decidió que no se trataba de una cuestión de abrogación sino de inconstitucionalidad sobrevenida, existiendo por tanto, respecto a las leyes anteriores contrarias a la Constitución, un monopolio de rechazo a favor del Tribunal Constitucional.

En nuestro derecho GARCÍA DE ENTERRÍA se había decantado por la solución italiana por entender que así se evitaba un enjuiciamiento disperso por todos los órganos de la jurisdicción ordinaria. De este modo, la cláusula derogatoria de la CE alcanzaría tan sólo a las normas de contenido político ya vistas (derechos fundamentales y parte organizativa, materias a las que la CE habría querido dar aplicación inmediata y directa), y cuando efectuasen esa regulación de forma claramente incompatible con la regulación con la Constitución. Toda otra posible contradicción entre CE y legislación anterior, al no ser causa de derogación, debería remitirse al TC.

No ha sido esta, sin embargo, la línea seguida por nuestro TC. En sus sentencias de 2 de febrero, y 8 de abril de 1981, el Alto Tribunal declaró que los jueces o

tribunales pueden:

- Bien inaplicar la ley preconstitucional que contradiga la CE según el argumento de la derogación,
- Bien someter la cuestión al TC por vía de la cuestión de constitucionalidad del artículo 163 de la CE, ante la duda de si se ha producido o no esa derogación.

Esta alternativa produce una única diferencia: que la sentencia del TC tendrá efectos *erga omnes*, produciendo la importante función de depuración del ordenamiento jurídico, lo que, sin embargo, no ocurrirá en el caso de estimación de la derogación por los tribunales ordinarios.

Aunque esta doctrina del TC ha sido criticada (baste recordar el voto particular de RUBIO LLORENTE a la STC de 2 de febrero de 1981), la misma parece consagrada, estimando con todo GARCÍA DE ENTERRÍA que sería deseable que el «facultativo» planteamiento de la cuestión de constitucionalidad tuviera lugar siempre que por los tribunales ordinarios se contrastasen principios generales y abiertos de la Constitución con preceptos concretos de las leyes anteriores.

4. Finalmente, la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto obligan a que las leyes y todas las normas jurídicas se interpreten conforme a ella, escogiendo entre las varias posibilidades de interpretación la que sea conforme con la Constitución y eliminando las demás. El principio lo consagra en nuestro derecho el artículo 5.1 LOPJ, al disponer que «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

La repercusión de este principio en el plano de la cuestión de inconstitucionalidad viene explicitada por el apartado 3 del mismo artículo 5 de la LOPJ, al establecer que procederá su planteamiento «cuando por vía interpretativa no sea posible la

acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.»

## **Líneas fundamentales del constitucionalismo español**

Cuando se aborda el estudio de nuestra historia constitucional, el primer dato que, de manera inmediata, sobresale sobre cualquier otro es el número de Constituciones que España ha conocido. Entre nosotros han tenido vigencia y aplicación las de 1812, 1834, 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 y la actual de 1978. Al margen quedan distintos proyectos que no cristalizaron en la aprobación de una Constitución: es el caso de los proyectos constitucionales de 1852, la Constitución *non nata* de 1856, el proyecto de Constitución Federal de 1873, o los proyectos constitucionales de 1929. Puede así decirse, siguiendo a TOMÁS VILLARROYA, que «España, desde principios del siglo XIX, ha estado aquejada, de manera constante, por una fiebre constituyente».

Con carácter general, la doctrina suele señalar como rasgos característicos del constitucionalismo histórico español los siguientes:

### **1. La inestabilidad:**

Esta característica se deduce fácilmente del gran número de constituciones y proyectos que se suceden, como se acaba de referir, desde comienzos del siglo XIX. Esta inestabilidad trae causa en determinados hechos y circunstancias históricas que predisponían a un continuo cambio de Constitución.

En primer lugar, se ha dicho a menudo que el momento en el que el constitucionalismo se introduce en España fue en cierta medida inoportuno para un adecuado despliegue del mismo. La Revolución Francesa provocó en Europa un movimiento reaccionario que se manifestaba contrario a los nuevos cambios. Además, en España la idea constitucional comienza a introducirse con la invasión napoleónica, de tal modo que resulta fácil asociarla con el invasor francés. Así lo hicieron con notable éxito algunos de los sectores que se oponían a la invasión desde posiciones conservadoras: con el mismo ahínco que luchaban contra los franceses se opusieron al constitucionalismo. De hecho, cuando Fernando VII regresa y deroga la Constitución de 1812, no se produce una reacción popular en contra.

En segundo lugar, la ausencia de una verdadera revolución burguesa en España. Se mantenía una estructura social propia del Antiguo Régimen, en la que el clero y la nobleza



tenían una significativa importancia. De esta forma existían grandes desajustes entre la nueva ideología constitucionalista, vinculada a la burguesía, y la estructura social española.

Por último, el carácter pendular de las constituciones históricas. Ciertamente cada una de las Constituciones que se van sucediendo tiene un marcado carácter partidario; a una de carácter progresista le sigue otra de signo conservador.

## 2. La influencia de movimientos ideológicos autóctonos contrarios al constitucionalismo:

Otro de los factores a reseñar en el constitucionalismo español es la existencia de una serie de movimientos ideológicos autóctonos que han sido sistemáticamente contrarios al constitucionalismo. El carlismo, el liberalismo doctrinario o, incluso, el fascismo han sido algunas de estas ideologías reticentes, cuando no expresamente contrarias, al constitucionalismo, que han estado presentes a lo largo de nuestra historia constitucional como consecuencia del carácter conservador del liberalismo español del siglo XIX (ÁLVAREZ JUNCO). El carlismo surge tras la muerte de Fernando VII sobre la voluntad de que fuera Carlos, el hermano del rey fallecido, quien subiera al trono en lugar de una mujer, Isabel II, que era la hija del rey. Los carlistas eran firmemente conservadores, defensores de las tradiciones y absolutistas frente a las ideas revolucionarias y el liberalismo. La ideología carlista ha estado presente durante los siglos XIX y XX, influyendo, aunque con distinto alcance, en las posiciones de los partidos e ideologías conservadoras. El liberalismo doctrinario, por su parte, tenía entre su ideario ciertos postulados que impedían la existencia de una verdadera Constitución, como la potenciación de la figura del Rey y sus prerrogativas como el veto regio, el mantenimiento del sufragio censitario o la restricción de las libertades individuales. Aunque no estrictamente español, pues tuvo su origen en Francia y se difundió por buena parte de Europa, en España mantuvo su influencia durante todo el siglo XIX (DÍEZ DEL CORRAL).

## 3. El carácter derivado de las constituciones españolas:

Las constituciones españolas han recibido una evidente influencia de las constituciones de otros países. Por ello se puede indicar que nuestro constitucionalismo, lejos de ser original, es derivado, con la única excepción de los componentes ideológicos conservadores



mencionados antes. En la Constitución de Cádiz de 1812 podemos apreciar la influencia del primer constitucionalismo norteamericano y francés, como resulta lógico. La Constitución de 1834 refleja cierta influencia de las constituciones francesas de 1814 y de 1830, por su carácter de constitución otorgada en virtud de una potestad del soberano. La Constitución de 1837 tiene su referente, según ha identificado la doctrina, en la constitución belga de 1831. En la Constitución de 1869, fruto de la Revolución Gloriosa, se aprecia una marcada influencia de la Constitución norteamericana de 1787. Por último, la Constitución de la Segunda República tiene una nítida influencia de las constituciones europeas de Entreguerras, sobre todo de la Constitución de Weimar de 1919. El carácter derivado no tiene una connotación negativa. En realidad, constituciones originales suelen ser únicamente las que inician un período constitucional. A partir de éstas, las restantes suelen basarse en las pioneras. Lo importante es que se trasladen los mecanismos y las instituciones que resulten adecuadas a las necesidades de un determinado territorio, y se adapten a las condiciones de éste. La Constitución de 1978 es un buen ejemplo de Constitución derivada, que adapta a las necesidades propias las experiencias foráneas.

#### 4. La sucesión de constituciones mediante ruptura:

Las diversas constituciones históricas se han sucedido mediante ruptura, sin que haya existido una continuidad entre ellas. Las constituciones no solían incluir mecanismos de reforma o modificación (Estatuto Real de 1834, Constitución de 1845) y en caso de que lo hubieran previsto (título X de la Constitución de 1812, título XV de la Constitución *non nata* de 1856), dichos mecanismos no eran utilizados. Entre una y otra constitución se producía una ruptura.

Una constitución de signo liberal (1812, 1837, 1856 o 1869) era seguida por otra de signo conservador (1834, 1845 y 1876). Además de este cambio de signo político, es preciso señalar que el movimiento pendular durante el siglo XIX y el XX también se produce entre el autoritarismo y el constitucionalismo. Los períodos de autoritarismo suponen un total de setenta años si sumamos el reinado de Fernando VII, la dictadura de Primo de Rivera y el franquismo.

Teniendo en cuenta algunas de las características señaladas, se comprende mejor el cambio radical de perspectiva que introduce en nuestra historia constitucional la

Constitución de 1978, norma que supone una ruptura radical con las pautas que habían definido el pasado político español desde que con la aprobación de la Constitución gaditana en 1812 se inaugura el larguísimo ciclo de inestabilidad política y constitucional ya referido. Un ciclo que no se cerrará, en sentido estricto, hasta 1978, cuando se aprueba la Constitución que ha permitido a España vivir por primera vez establemente en democracia durante más de tres décadas. Tal estabilidad ha guardado directa relación con el hecho de que en el último período constitucional de nuestra historia se hayan podido sentar las bases para acometer de un modo razonable la resolución de los, siguiendo a BLANCO VALDÉS, cinco grandes conflictos políticos de la historia constitucional española: el de las relaciones entre el Rey y el Parlamento, entre la Iglesia y el Estado, entre las autoridades civiles y el aparato militar, entre el Estado y la sociedad, y, en fin, entre el centro y la denominada periferia.

La cuestión de la forma de gobierno o, lo que es igual, la de las relaciones entre Rey y Parlamento —entre el principio monárquico-hereditario y el principio democrático como principios inspiradores del funcionamiento del Estado— había sido en realidad en nuestra historia la de la radical incompatibilidad política y social entre monarquía y democracia. Y ello hasta al punto de que las dos únicas experiencias de auténtico impulso democrático producidas desde el establecimiento definitivo del régimen constitucional a partir de 1836 iban a ser republicanas: las desarrolladas tras la proclamación de la I República en 1873 y la II en 1931. En contraste con esa experiencia del pasado, la monarquía parlamentaria, que se configuró como forma de gobierno en la actual Constitución no será, a la postre, más que la expresión de la clara apuesta del legislador constituyente por crear un sistema de gobierno democrático, equiparable al de cualquiera de los Estados constitucionales europeos existentes cuando la Constitución fue elaborada.

La Constitución de 1978 recogerá, además, dos principios esenciales, que acabarán por ser determinantes de las relaciones entre el Estado y las iglesias, y entre el poder civil y el militar: el de que ninguna confesión religiosa tendrá carácter estatal y el de que es el Gobierno quien dirige la administración militar y la defensa del Estado. Tales principios constituirían el punto de partida de una amplia y coherente labor legislativa que iba a permitir solventar de forma progresiva dos de los problemas que habían marcado el

pasado español de forma decisiva y que habían contribuido, como pocos, a dificultar el asentamiento de un sistema pluralista y democrático.

El llamado «problema religioso» constituyó durante todo el siglo XIX y el primer tercio del siguiente (hasta que la dictadura franquista lo eliminó por puro enquistamiento, al establecer mediante la fuerza de las armas un régimen político de nacionalcatolicismo, donde el Estado y la Iglesia católica llegaron a confundirse como nunca lo habían estado en el pasado liberal) un auténtico precipitado de las dos visiones de España que se enfrentaron, aun bajo banderas diferentes, desde comienzos del siglo XIX: la liberal y absolutista; la moderada y progresista; la conservadora y republicano-federal; la autoritaria y democrática. Esos enfrentamientos, que cubrirán la totalidad de nuestro período constitucional y girarán en torno a cuestiones muy diversas —políticas, sociales y económicas— estuvieron siempre recorridos, en cualquier caso, por el factor religioso, que actuó en general como un cemento que soldaba posiciones en contra y a favor. La aconfesionalidad del Estado, constitucionalmente proclamada, se proyectó después de 1978 en la resolución legislativa de gravísimos problemas conectados con la misma (el del divorcio, el del aborto, o el de la enseñanza de la religión en las escuelas), y permitió plantear las relaciones entre el Estado y las iglesias, singularmente la católica, en el único terreno imaginable y aceptable en un sistema democrático: el de la separación y el mutuo respeto a los ámbitos de decisión de cada cual.

Bien diferente fue la forma de resolver el tradicional problema militar, determinante de un pasado en que el ejército interfirió de forma constante en el desarrollo de la vida nacional y en el que las fuerzas armadas terminaron constituyéndose como una especie de pequeño Estado dentro del Estado. También aquí el franquismo marcaría el punto máximo de degeneración de una tendencia apuntada desde comienzos del siglo XIX, en el que las constantes intervenciones de los militares en política a través de pronunciamientos, revoluciones, contrarrevoluciones, golpes de Estado o rebeliones acabó por dar lugar a un fenómeno que se ha considerado historiográficamente como característico de España: el del pretorianismo. Pero la cuestión del pretorianismo no resultaba, a la postre, más que una de las caras de aquel llamado problema militar que acabó por traducirse en el progresivo protagonismo político del ejército español y en su creciente autonomía de los

órganos encargados de la dirección política estatal: el decisivo papel del ejército, a partir sobre todo del último tercio del siglo XIX, en el mantenimiento y restauración del orden público interior, y su privilegiada relación con los monarcas durante el largo período de la Restauración, mediante un vínculo que colocaba a los militares al margen de la sujeción al parlamento y al gobierno característica de cualquier Estado democrático, fueron quizá las dos manifestaciones esenciales de un proceso que acabó por convertir el ejército en la columna vertebral de la monarquía constitucional y de su Estado autoritario y oligárquico. En claro contraste con esas pautas del pasado, la Constitución de 1978 establecerá por primera vez en nuestra historia un modelo plenamente civilista de relaciones civiles-militares, al convertir a las Fuerzas Armadas en el sector de la Administración encargado del uso de las armas. La dicotomía civiles-militares dejó con ella de existir, pues los militares no van a ser ya aquel *poder militar* dotado en el pasado de autonomía orgánica y funcional respecto del parlamento y del gobierno, sino la *Administración militar*, sujeta, como el resto, a la dirección política emanada de un gobierno democrático, responsable ante un parlamento elegido por sufragio universal.

El conflicto en las relaciones Estado-sociedad subsumía los dos ya referidos, pues tanto la[s] iglesia[s] como los militares, en su dimensión *privada*, son también sociedad, pero, como es obvio, los superaba. Los superaba porque el Estado español fue configurándose a lo largo de su evolución durante los dos últimos siglos como un Estado fuertemente oligárquico, militarizado, clerical y antipluralista, muy impermeable a cualquier intento de reforma democrática. Ello resultó posible, entre otras cosas, por la inexistencia durante todo el período citado de un auténtico sistema de libertades y derechos garantizador de verdaderos ámbitos de autonomía de los particulares. Los derechos y libertades fueron ejercidos en precario casi siempre por unos españoles que, o no tenían reconocidos constitucionalmente sus derechos o, si los tenían, los veían legalmente limitados. Incluso cuando aquellos estaban reconocidos legalmente, sufrían de la constante recurrencia a instrumentos jurídicos (estados especiales, suspensión de garantías, ley marcial) o meras vías de hecho que acababan por imposibilitar su práctica efectiva. La Constitución de 1978 rompió de forma radical con esta situación, reconociendo no sólo un amplísimo catálogo de libertades y derechos, sino estableciendo también un sólido y completo sistema para garantizarlos, que ha posibilitado que la propia Constitución haya podido llegar a disponer,

situándose mucho más allá de la retórica, que los derechos son en el ordenamiento jurídico español «el fundamento del orden político y de la paz social».

Pero la Constitución y los constituyentes que la elaboraron con un alto grado de consenso no sólo tuvieron presente la necesidad de fijar principios que permitieran dar salida a los cuatro conflictos históricos hasta ahora mencionados. Muy por el contrario, los diputados y senadores que formaron parte de las primeras Cortes democráticas fueron conscientes también desde que comenzaron su labor de la urgencia con que debería abordarse la resolución de otro gravísimo conflicto, el quinto de los cinco mencionados más arriba, el relativo a la organización del territorio: el problema de la forma de Estado desde el punto de vista de su organización territorial, que históricamente fue denominado entre nosotros primero *problema regional* y luego *problema nacional*. Un problema, ha de subrayarse, que no era otro a fin de cuentas que el de satisfacer las reivindicaciones históricas del nacionalismo vasco y catalán: y ello porque si es cierto que España, al igual que otros muchos Estados europeos, se edifica como Estado nacional a partir de una notable diversidad territorial, lo es también que esa edificación se hace al precio de negar, muy frecuentemente con violencia, tal diversidad en muchas de sus manifestaciones lingüísticas, culturales, jurídicas, sociales o económicas, no lo es menos que la derivación, a partir de esa realidad, de una exigencia de poder propio para algunos de los *diversos* territorios que componen el Estado necesitó históricamente de la mediación nacionalista. Tan decisivo iba a ser en el momento constituyente el problema nacional que de su adecuada solución pasó a depender, en gran medida, la propia posibilidad de asentar en España el Estado democrático. Sin embargo, el inmenso esfuerzo realizado desde 1977 hasta el presente para encontrar una salida a la conflictiva cuestión territorial ha acabado por conducir a una situación verdaderamente sorprendente: que España sea hoy uno de los Estados más descentralizados de la Europa democrática, y que, pese a ello, siga vivo un conflicto que parecería que la descentralización lejos de haber venido a solventar ha terminado por enconar indefinidamente.

**VICENTE A. SANJURJO RIVO**

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA:**

ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 6.ª ed., 2008.  
ALZAGA VILLAAMIL, Ó.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., y RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: *Derecho político español según la Constitución de 1978, I y II*, Madrid, vol. I, 4.ª ed., 2007, vol. II, 4.ª ed., 2008.

ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, 2001.

BALAGUER CALLEJÓN (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 4.ª ed., 2009.

BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VARELA, J., y REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Derecho Constitucional*, Barcelona, 1999.

BLANCO VALDÉS, R.: *La Constitución de 1978*, Madrid, 2.ª ed., 2011. CLAVERO, B.: *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984.

ESTEBAN, J. DE, y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J.: *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, vol. I, 2.ª ed., 2001, vol. II, 1.ª ed., 2004, vol. III, 1.ª ed., 2000.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A.: «En tomo al concepto de Constitución», en AA.VV., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente*, Vol. I, Madrid, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Cizur Menor, 4.ª ed., 2006.

LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN TEMPLADO, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMPES, P., y SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M.: *Derecho Constitucional*, 2 vols., Valencia, 7.ª ed., 2007.

LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, 1983.

LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político*, 4 vols., Madrid, vol. 1, 2.ª ed. (4.ª reimpr.), 1992, vol. 2, 3.ª ed. (rev.), 1986, vol. 3, 2.ª ed. (rev. y ampl.), vol. 4, 2.ª ed. (rev. y ampl.), 1984.

LUCAS VERDÚ, P., y LUCAS MURILLO, P.: *Manual de Derecho Político*, vol. I, Madrid, 3.ª

ed., 1994.

OTTO y PARDO, I. de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 2.<sup>a</sup> ed., 1988.

PÉREZ ROYO, J.: *Curso de derecho constitucional*, Madrid, 12.<sup>a</sup> ed. (revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán), 2010.

RUBIO LLORENTE, F: «La Constitución como fuente del Derecho», en AA.VV., *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, vol. I, 1979; «Sobre la Constitución», en AA.VV., *Estudios de Derecho público en homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Madrid, vol. I, 1997.

SOLÉ TURA, J. y AJA, E.: *Constituciones y períodos constituyentes en España*, Madrid, 1977.

TOMÁS VILLARROYA, J.: *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1981.

TORRES DEL MORAL, A: *Principios de Derecho Constitucional Español*, 2 vols., Madrid, 5.<sup>a</sup> ed., 2004.

## **TEMA 2**

**LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. LOS VALORES SUPERIORES. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. EL ESTADO ESPAÑOL COMO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. LA REFORMA CONSTITUCIONAL**



## **TEMA 2. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. LOS VALORES SUPERIORES. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. EL ESTADO ESPAÑOL COMO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. LA REFORMA CONSTITUCIONAL.**

### **LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978**

La vigente Constitución surge como resultado de un proceso de reforma política que permitió pasar de un sistema autoritario a uno constitucional de forma pacífica y, desde la óptica jurídica, sin que se produjera una fractura en la validez del ordenamiento, como había venido siendo nuestra dinámica secular. Por el contrario, aun partiéndose de valores y principios radicalmente distintos a los que inspiraban el régimen político precedente, se respetaron las normas establecidas por éste para alumbrar el cambio constitucional.

La muerte de Franco, el 20 de noviembre de 1975, supuso la proclamación como rey del sucesor, es decir, de don Juan Carlos de Borbón, en virtud de la Ley de 22 de junio de 1969; y poco después, en julio de 1976, fracasado el intento de continuismo franquista del Gobierno de Arias Navarro, la formación de un Gobierno presidido por Adolfo Suárez. Éste remitió a las Cortes en octubre de 1976 un proyecto de Ley para la reforma política, que fue aprobado y, posteriormente, según lo exigido por las leyes fundamentales, sometido a referéndum. Esta Ley 1/1977, de 4 de enero, para la reforma política, calificada por unos como ley-puente y como ley-instrumento por otros, no obstante su brevedad (cinco artículos, tres disposiciones transitorias, una disposición final), sin introducir por sí misma un sistema democrático-constitucional, hacía posible la creación de éste, al incluir los siguientes elementos básicos para el viaje hacia la democracia (López Guerra):

- a) Por un lado, reformaba el sistema institucional, creando unas Cortes bicamerales, elegidas por sufragio universal, directo y secreto, a quienes se confiaba el poder legislativo (artículos 1 y 2).
- b) Por otro lado, establecía (artículo 3) un procedimiento de reforma constitucional, que requería la intervención de las Cortes y el posterior referéndum popular.
- c) A pesar de que se incardinaba formalmente en el ordenamiento vigente (su disposición final la definía expresamente como «Ley fundamental»), difería radicalmente en su espíritu de ese ordenamiento: reconocía los derechos fundamentales de la persona

como inviolables (artículo 1), confería la potestad legislativa en exclusiva a la representación popular (artículo 2) y preveía un sistema electoral inspirado en principios democráticos y de representación proporcional.

Una vez aprobada la Ley para la reforma política, diversas normas hicieron posible el ejercicio de las libertades de reunión, asociación, sindicación y huelga, y el Real decreto ley de 18 de marzo de 1977 reguló el procedimiento para la elección de las Cortes, que se llevó a efecto el 15 de junio de 1977, en las primeras elecciones libres desde febrero de 1936. El decreto ley de 8 de febrero de 1977 liberalizaba la inscripción de los partidos en el registro, pero subsistía el artículo 172.5 del Código penal, que tipificaba como ilícitas las asociaciones «que, sometidas a una disciplina internacional, se propongan implantar un régimen totalitario». Esta redacción, perfectamente intencionada, impedía la legalización del Partido Comunista, si bien el Gobierno, temiendo su capacidad de movilización popular, permitió finalmente su participación en las elecciones.

Constituidas las Cortes resultantes tras las elecciones del 15 de junio de 1977, la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados nombró una ponencia de siete diputados, que elaboró un anteproyecto de Constitución. Éste fue discutido en la comisión citada y, posteriormente, discutido y aprobado por el Congreso de los Diputados. Acto seguido, se procedió al examen del texto del Congreso por la Comisión Constitucional del Senado y el Pleno del mismo órgano. La discrepancia entre el texto aprobado por el Congreso y el aprobado por el Senado hizo necesaria la intervención de una Comisión Mixta Congreso-Senado, que elaboró un texto definitivo. Éste fue votado y aprobado por las dos cámaras. Sometido a referéndum, fue ratificado el día 6 de diciembre de 1978 (87,87% de votos afirmativos, con un 67,11% de participación), sancionado el día 27 del mismo mes por el rey y publicado en el BOE el 29 de diciembre de 1978.

Entre otras características que se atribuyen a nuestra Constitución, señalamos a continuación algunas de las que más habitualmente se utilizan para definirla:

a) Define un nuevo régimen político

No por evidente debe dejar de señalarse que, frente al régimen autoritario previo, establece un régimen coincidente con el democrático parlamentario clásico o de democracia occidental.

Junto a ello, dibuja un modelo territorial basado en el reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (artículo 2 CE).

b) Es una Constitución monárquica

Consagrado el carácter democrático del Estado, se reconoce la monarquía parlamentaria como forma de gobierno en el artículo 1.3 CE.

c) Es una Constitución “de consenso”

Responde a lo que De Otto ha llamado el «imperio del compromiso» y, seguramente, es su característica más trascendente. La experiencia histórica llevó a los constituyentes de 1977-78 a tratar de evitar la aprobación de una «Constitución de partido», buscando, por el contrario, que el nuevo texto fundamental recogiese principios aceptables por todas las fuerzas políticas.

No obstante, esa vocación de consenso vino en cierto modo impuesta por las circunstancias, entre otras, por la pareja distribución de fuerzas entre el eje centro-derecha y el centro-izquierda que resultó en el seno de las Cortes constituyentes. Además, como señala Maravall, la política de compromisos estaba dictada por la fragilidad democrática: se sufría el azote de la crisis económica, del terrorismo de ETA y GRAPO, de la violencia de la extrema derecha y del temor continuo de una involución.

De entre las consecuencias derivadas del consenso constitucional con relación al contenido de la Constitución, cabe destacar tres, que afectan directamente a su estructura:

1. La amplitud de las materias objeto de regulación constitucional. Pocos aspectos de la vida social quedan sin alguna regulación —siquiera sea sumaria— por parte del texto constitucional. Relacionada de un modo evidente con este rasgo se halla la extensión del texto constitucional, sólo superada por el de 1812. Se estructura en un preámbulo, un título preliminar y diez títulos, con 169 artículos, 4 disposiciones adicionales, 9 disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y una disposición final.
2. La diversa precisión e intensidad de la regulación constitucional de las diferentes materias sobre las que la Constitución versa. Respecto a aquellas instituciones o derechos sobre los que existía mayor acuerdo, fue posible efectuar una regulación más detallada; en otras materias, sin embargo, las normas constitucionales se redujeron a

aquellos aspectos sobre los que era posible una coincidencia de opiniones, dejando que el legislador, posteriormente, completase el tratamiento jurídico de la cuestión de que se tratase. Por ello son abundantes las remisiones al legislador en el texto constitucional, que en muchos casos se limita a regular aspectos básicos o esenciales.

3. La presencia, en muchos preceptos constitucionales, de fórmulas que precisan una integración e interpretación detallada para hallar su verdadero sentido. En materias objeto de especial y, a veces, áspera confrontación, sobre las que era difícil llegar a un acuerdo básico, pero cuya presencia en el texto constitucional era ineludible, los constituyentes prefirieron utilizar fórmulas que no reflejasen explícitamente una de las alternativas presentes. En su lugar, se emplearon fórmulas técnicas necesitadas de una interpretación.

Sin duda, las anteriores consecuencias conectan con lo que se ha dado en llamar *carácter polivalente de la Constitución*. La ambigüedad y polivalencia del texto constitucional fue deliberadamente buscada por el constituyente para facilitar políticas distintas sin necesidad de orillarlo ni forzar su interpretación.

Ello no significa que la Constitución no contenga declaraciones de determinados objetivos como valiosos y prevea, por tanto, su consecución por los poderes públicos: tal sería el caso de muchos de los preceptos del capítulo III del título I. Pero ha de tenerse en cuenta que tales preceptos, que contienen normas con fuerza vinculante, están formulados con un nivel de generalidad que permite una amplia pluralidad de opciones para la consecución o defensa de los objetivos allí previstos.

#### d) El carácter normativo

Es una Constitución que se configura como una auténtica norma jurídica, con fuerza de obligar en todos sus preceptos. A diferencia de nuestro constitucionalismo histórico en que, salvo la parte orgánica, las declaraciones de las Constituciones se entendían como simples declaraciones retóricas o de intenciones, sin fuerza vinculante, nuestra Constitución se configura como una verdadera norma jurídica para ciudadanos y poderes públicos. Así resulta del artículo 9.1 CE, al señalar que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»; del artículo 53.1 CE, al disponer que «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del

título I vinculan a los poderes públicos», y del establecimiento en el título IX de la CE de un sistema de control de constitucionalidad de las leyes reservado al TC, pero en el que también participan, ex artículo 163 CE, los jueces y tribunales ordinarios.

Esta pretensión de vinculación jurídica se manifiesta además en la introducción, por primera vez en nuestra historia constitucional, de una cláusula derogatoria de notable amplitud, que se refiere, no ya sólo a la regulación fundamental de las instituciones, que se ve directamente sustituida por la nueva regulación constitucional, sino, de forma general, a «cuantas disposiciones se opondan a la presente Constitución». Esta derogación supone, pues, un efecto directo de la Constitución, inmediatamente derivado de su entrada en vigor, invocable por los ciudadanos y de forzosa aplicación por Administración y Tribunales. La Constitución se inserta por tanto, con fuerza propia, en el ordenamiento jurídico, sin necesidad de que sus preceptos sean desarrollados por el legislador (López Guerra).

#### e) Naturaleza garantista

Es una Constitución garantista, tanto en el reconocimiento de los derechos fundamentales como en el ámbito de su protección judicial. Destaca en este sentido el artículo 53.2 CE al establecer que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª del capítulo 2º del título I de la Constitución ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional».

#### f) Rigidez

Es una Constitución rígida, en cuanto se establecen procedimientos de reforma cualificados respecto de los de la legislación ordinaria. Sin embargo, no todos los preceptos del texto fundamental tienen, como veremos, el mismo grado de rigidez ya que para determinados ámbitos se prevé un procedimiento agravado en el artículo 168 CE.

#### g) Fuerte influencia del constitucionalismo europeo

Podemos, siguiendo a Torres Del Moral, destacar las siguientes influencias:

1. La constitución alemana ha influido preferentemente en la definición del Estado como

social y democrático de derecho del artículo 1.1 CE; en las dosis de iusnaturalismo presente tanto en dicho precepto como en todo el título I, especialmente en el artículo 10.1 CE; y, acaso más acentuadamente, en el modelo de responsabilidad política del Gobierno ante las Cortes, presidido por la institución de la moción de censura constructiva (artículo 113 CE).

2. La Constitución italiana puede verse reflejada en la organización territorial de un Estado regional a la que tampoco ha sido ajena la de nuestra Segunda República; también en la regulación de la relación entre ley y reglamento, en el modelo de justicia constitucional y en la creación del Consejo General del Poder Judicial. Junto a ello, la doctrina suele señalar la semejanza de nuestro artículo 9.2 CE con el artículo 3.2 italiano, referentes ambos a la función promotora de los poderes públicos en orden a la plenitud y efectividad de la libertad, de la igualdad y de la participación.
3. Como es obvio, el constituyente tuvo muy presentes las Constituciones de las monarquías democráticas para regular la Corona, pieza fundamental del sistema político español.
4. Finalmente, en materia de derechos y libertades no es nada sorprendente encontrar preceptos de factura muy similar o casi idéntica a los de otras Constituciones o del Convenio Europeo de Derechos Humanos o de los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales.

h) Una Constitución equilibrada:

La CE articula una división de poderes según los esquemas de la forma de gobierno parlamentaria: en este aspecto la CE se limita a incorporar los mecanismos del parlamentarismo racionalizado establecido en las Constituciones de la Europa occidental posteriores a 1945, sobre todo la alemana. El esquema se completa con varios mecanismos de «*checks and balances*», por los que unas ramas del poder deben interferir legítimamente en la actuación de las otras, y con el establecimiento de órganos como el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas, que tratan de aumentar los controles y equilibrar el sistema.

## **LOS VALORES SUPERIORES**

Los valores superiores del ordenamiento jurídico se recogen en el artículo 1.1 CE, que dispone: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Se ha subrayado la correlación entre los valores superiores con las notas definitorias del Estado; así, el principio democrático con el valor pluralismo político, el principio Estado de derecho con el valor libertad e igualmente el principio Estado social con el valor igualdad (Parejo).

Si bien el régimen de valores y principios se concibe generalmente de forma similar, ambos conceptos sin embargo no pueden identificarse plenamente. En primer lugar, porque en los principios hay un mayor grado de concreción que en los valores, si bien la abstracción y generalidad de estos últimos no es tampoco homogénea (Parejo). Y en segundo lugar, porque principios y valores se relacionan entre sí como conceptos diferentes y a la vez complementarios: los principios constitucionales pueden considerarse como los instrumentos normativos fundamentales para la realización de los valores superiores del ordenamiento (Leguina).

Los valores son un referente esencial en el proceso de producción, interpretación y aplicación del derecho. Son ellos los que definen las orientaciones básicas a las que el ordenamiento debe dirigirse: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo. Así pues, el ordenamiento jurídico no es un conjunto yuxtapuesto de normas, sino un conjunto sistemático con unos referentes concretos, esto es, los valores superiores constitucionalmente establecidos. A su vez, estos valores están orientados a la afirmación de la dignidad humana, según recoge el artículo 10.1 CE, en cuanto fundamento del orden político y la paz social (Peces-Barba).

Los valores superiores tienen, en cuanto que preceptos constitucionales, carácter normativo. Sin embargo, ello no debe inducir a pensar que los operadores jurídicos podrían ampararse en ellos para alterar el sistema de fuentes. Los valores se expresan a través de la Constitución y del sistema de fuentes, pero no pueden ser utilizados para subvertirlo. Así por ejemplo, los jueces y magistrados no pueden desvincularse de su sometimiento a la ley sobre la base de su propia interpretación del valor justicia o del valor

libertad. Si existen dudas sobre el acomodo a la Constitución de la ley, lo que procede es acudir al Tribunal Constitucional mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. En definitiva, los valores superiores se realizan a través del ordenamiento, no contra el ordenamiento.

## **La libertad**

El valor libertad tiene dos grandes dimensiones (Peces-Barba):

a) Una dimensión organizativa:

Desde esta perspectiva, la libertad es raíz o causa de una serie de exigencias que se despliegan a lo largo del texto de la CE:

1. La soberanía popular.
2. La elección de los gobernantes por sufragio universal.
3. La separación de poderes.
4. El reconocimiento y protección de los derechos fundamentales.

b) Una dimensión con relación al «status» de las personas, en donde el valor libertad se realiza desde varias perspectivas:

1. En primer lugar, desde la libertad-autonomía, es decir, desde la creación de condiciones jurídicas para que la persona tenga un ámbito de actuación social, sin interferencias de otras personas, de los grupos sociales o del Estado (artículos 16, 17, 19 CE).
2. En segundo lugar, desde la libertad-participación, esto es, favoreciendo la intervención de las personas en la organización del poder y en la fijación de los criterios generales de la gobernación del Estado (artículos 22, 23, 28 CE).
3. En tercer lugar, desde la libertad-prestación, de manera que el Estado tiene la obligación de realizar conductas positivas para facilitar la libertad (artículo 9.2 CE).

## **La justicia**

La justicia no es un valor claramente identificable, de contornos perfectamente delimitados. Por ello, los distintos esfuerzos por descifrar su contenido han terminado por



remitir a otros valores. Así, Kelsen identifica justicia con los contenidos de libertad del sistema democrático y, en la misma dirección, Peces-Barba sostiene que la justicia como valor superior no añade nada a la libertad y a la igualdad.

Quizá por ello no es de extrañar que el Tribunal Constitucional haya eludido la aplicación directa de este valor excepto en su ámbito más estricto, esto es, el relativo a la Administración de justicia; o bien que lo haya reconducido a algún principio constitucional, tal y como hace en la STC 66/1990, de 5 de abril, cuando señala que «en el reproche de arbitrariedad (artículo 9.3 CE) debe incluirse, asimismo, el relativo a la lesión del valor “justicia”, que consagra el artículo 1 de la Norma fundamental» (F.J. 6º).

### **La igualdad**

El emplazamiento de la igualdad, como valor superior, junto con la libertad no deja de ser significativo. Nuestra Constitución opta por entender que ambos valores, lejos de ser contrapuestos, han de ser necesariamente conjugados de forma conjunta. Es sabido que tras la revolución liberal y, en el ámbito económico-social, tras la revolución industrial, la libertad se sublimó hasta hacerla, en la práctica, incompatible con el valor de la igualdad; al menos de la igualdad sustancial, que es diferenciable de la igualdad formal, que sólo parecía interesar a algunos de los primeros liberales.

El objetivo de la igualdad no puede ser perseguido en detrimento del también valor superior de la libertad. Ésta es la fórmula de equilibrio que asume todo el constitucionalismo europeo contemporáneo y que hace suya nuestra Constitución de 1978. Igualdad sin libertad es una fórmula de convivencia incompatible con el Estado social y democrático de derecho.

La CE consagra el principio de igualdad en diversos preceptos. Así, el artículo 1.1 confiere a la igualdad el carácter de valor superior del ordenamiento jurídico. Por su parte, el artículo 9.2 CE (igualdad sustancial) dispone que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Y el artículo 14 CE (igualdad formal) proclama que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por

razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Según Peces-Barba, la igualdad presenta diversas dimensiones:

a) De generalidad:

Supone que todos los ciudadanos son destinatarios de las mismas normas y todos están sometidos a las mismas instituciones y tribunales.

b) De equiparación:

La equiparación supone un trato igual de circunstancias o de situaciones no idénticas. Se estima que en determinados casos tal diferencia no es relevante para justificar un distinto disfrute o ejercicio de determinados derechos, o para la aplicación de una distinta reglamentación normativa. Según la CE no son relevantes para justificar una normativa jurídica distinta «el nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (artículo 14 CE).

c) De diferenciación:

La diferenciación puede ser expresión del valor igualdad ante la ley. Legislar supone diferenciar las distintas posiciones jurídicas resultantes del tráfico jurídico. En ocasiones se produce una diferenciación en el trato con base en la existencia de determinadas condiciones relevantes. Entre los criterios que permiten esta diferenciación podemos citar la ciudadanía, la extranjería, el mérito y la capacidad, la riqueza respecto al trato fiscal de las personas, etc.

d) Identidad de procedimiento:

Es decir, la existencia de un mismo procedimiento para todos con independencia de las personas o de los intereses en juego en cada caso.

### **El pluralismo político**

Su reflejo más evidente en el texto constitucional se encuentra en su artículo 6, que establece: «Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del

respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos».

No obstante, en la CE también se alude al pluralismo desde otros puntos de vista:

1. Al pluralismo social: de ahí los preceptos que atribuyen un papel fundamental a los sindicatos y asociaciones empresariales en las relaciones laborales (artículos 7, 28 y 37).
2. Al pluralismo social con carácter general alude el artículo 9.2 CE cuando se refiere al individuo y a los grupos en que se integra.
3. Al pluralismo territorial, cuando reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (artículo 2 CE).
4. Al pluralismo lingüístico se refiere el artículo 3 CE. Igualmente, el pluralismo simbólico es reconocido en el artículo 4 CE. Ambos —el pluralismo lingüístico y el simbólico— son, a su vez, derivaciones de la configuración del Estado autonómico.
5. Al pluralismo ideológico y religioso (artículo 16 CE).
6. Al pluralismo reconocido en el ejercicio de la libertad de expresión, ya que se garantiza el acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado a «los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España» (artículo 20.3 CE).
7. Al pluralismo asociativo (artículo 22 CE).

El Tribunal Constitucional ha asumido como función propia «fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo» (STC 4/1981, de 2 de febrero).

## **LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

Los principios generales manifiestan el sentido y la finalidad misma del ordenamiento destacando su aspecto relacional interno y su conexión con la comunidad que regula. Los principios generales del derecho han desarrollado en nuestro ordenamiento una triple función (De Castro):

1. Fundamento del ordenamiento jurídico.
2. Criterios orientadores de la labor interpretativa.
3. Fuente supletoria para el caso de insuficiencia de ley y costumbre.

El título preliminar del Código civil dispone en su artículo 1.1 que «las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», y en el 1.4 establece que «los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Esa función es también atribuible a los principios constitucionales. Sin embargo, la proclamación constitucional de principios tiene una indudable repercusión en el tratamiento de esta fuente del derecho. Los principios carecían normalmente de una estructura formal expresa y, aparte de su carácter informador del ordenamiento jurídico e integrador de deficiencias normativas, establecían su relación con respecto a las demás fuentes del derecho sobre la base del principio de subsidiariedad: sólo se aplicaban en defecto de ley y costumbre.

La proclamación constitucional de principios generales provoca una dualidad de principios en nuestro ordenamiento (Díez-Picazo). De un lado, los principios generales del derecho en su acepción tradicional, que se someten al régimen establecido en el Código civil. De otro, los principios constitucionales, que desarrollan su eficacia como tales normas de rango constitucional y a los que, en consecuencia, deben someterse tanto el legislador como los principios generales en su versión clásica, es decir, los derivados del sistema legal.

Aunque se trata de normas jurídicas, los principios constitucionales tienen una estructura normativa diferente al resto de las normas del sistema jurídico. Se trata de normas que no regulan directamente una materia, sino que establecen orientaciones generales que deben seguirse en todos los casos que puedan producirse (Zagrebelsky). Así pues, los principios constitucionales no proporcionan por sí mismos una decisión para el caso concreto, sino que aportan criterios respecto de la aplicación del resto de las normas (Leguina).

Ello no quiere decir que los principios constitucionales no puedan desarrollar su función

supletoria. Frente al resto de las normas, el principio es una norma necesitada de concreción. La actividad de concreción de los principios constitucionales debe ser realizada, sobre todo, por el legislador. No obstante, ello no impide que el aplicador del derecho pueda acometer esa misma labor cuando el desarrollo del principio conduzca a resultados obligados en cuanto a la determinación de la regla a aplicar, de modo que la actividad del órgano judicial estaría lo suficientemente delimitada por la normativa vigente como para evitar una suplantación de la función legislativa (Zagrebelsky).

La doctrina emplea con frecuencia la expresión «principios constitucionales» para hacer referencia a los principios del artículo 9.3 CE: «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Como ha apuntado la STC de 20 de julio de 1981, estos principios constitucionales no son compartimentos estancos, sino que cada uno de ellos cobra valor en función de los demás y en tanto sirvan para promover los valores superiores del ordenamiento jurídico.

Estos principios se inspiran en una tradición muy arraigada en los ordenamientos liberales que, en último término, revela una preocupación garantista, pues con estos principios lo que se pretende en buena medida es garantizar la situación jurídica de los ciudadanos frente a los poderes públicos. Pero además, como ha precisado el TC, estos principios son también mandatos dirigidos a los poderes públicos pudiendo dar lugar su infracción a un recurso o cuestión de inconstitucionalidad.

Procedamos a continuación con el examen de cada uno de estos principios:

1. El principio de legalidad se traduce jurídicamente en la primacía de la ley en cuanto expresión de la voluntad popular, como se recuerda en el preámbulo de la Constitución. Todos los poderes públicos se encuentran sujetos a la CE y a la ley como establece el artículo 9.1 CE. Expresión específica de este principio es la sumisión a la ley de la actividad administrativa que proclama el artículo 103 CE.
2. El principio de jerarquía que, junto con el principio de competencia y procedimiento,

regula las relaciones dentro de un sistema normativo. El contenido material de este principio, como señala Santamaría Pastor, tiene dos vertientes:

- a) una positiva, la norma superior puede derogar o modificar válidamente la inferior, salvo que se halle protegida por los principios de competencia o procedimiento,
  - b) otra negativa, que se reduce a la nulidad de la norma inferior que contradice los preceptos de la superior; así, son nulas las leyes que contradigan la CE y también lo son los reglamentos que vulneren lo previsto en las leyes y, por supuesto, en la CE.
3. El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La arbitrariedad en la actuación de la Administración equivale a su no adecuación a la legalidad, se trate de una actividad reglada o discrecional; en cambio, la arbitrariedad del legislativo es posible, como ha apuntado el TC, cuando se viola un precepto constitucional o cuando el acto legislativo engendra desigualdad. Para evitar esta posible arbitrariedad de los poderes públicos la CE introduce un importante mecanismo revisor a través de los tribunales ordinarios y el TC.
4. El principio de responsabilidad de los poderes públicos. Los poderes públicos están obligados a sujetar su actuación al ordenamiento jurídico y les está vedada la arbitrariedad; en consecuencia, una actuación inadecuada en este sentido genera responsabilidad. La misma CE ha recogido en distintos preceptos manifestaciones singulares de este principio: es el caso del artículo 106.2 CE, respecto a la responsabilidad por las lesiones patrimoniales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, o del artículo 121, relativo a los daños causados por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de justicia.
5. El principio de seguridad jurídica. Principio de gran alcance, pues no en vano el TC lo ha configurado como la suma de la certeza, legalidad, jerarquía, publicidad normativa, prohibición de la irretroactividad no favorable e interdicción de la arbitrariedad. Ahora bien, esta seguridad jurídica, entendida como confianza que pueden tener los ciudadanos en la observancia y respeto de situaciones jurídicas derivadas de normas válidas y vigentes, tampoco es un valor absoluto, pues lo contrario daría lugar a una congelación del ordenamiento jurídico que ha de responder a la realidad de cada momento. Y así ha declarado el TC que, si bien este principio vincula al legislador de

igual modo que al resto de los poderes públicos, no puede invocarse para reivindicar derechos adquiridos.

6. El principio de publicidad, requisito ineludible de la seguridad jurídica, se impone necesariamente ya que si el derecho no fuera público no habría pauta cierta de conducta y los ciudadanos no podrían conocer las consecuencias de sus actos. Este principio tiene también una importante manifestación en el artículo 120.1 CE, al señalar que «las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento».
7. El principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Con ello, el principio de irretroactividad reconocido con carácter general en el artículo 2.3 CC se prevé expresamente en la Constitución para dos tipos de normas:
  - a) Respecto de las disposiciones sancionadoras no favorables, cuyo ámbito es el llamado derecho sancionador, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador, constitucionalizándose así un precepto clásico del derecho penal. De este principio constitucional ha deducido el TC, con una interpretación *contrario sensu*, que la CE garantiza también la retroactividad de la ley penal favorable.
  - b) Respecto de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, se planteó qué debía entenderse por «derechos individuales». En un primer momento el TC sostuvo en su Sentencia de 20 de julio de 1981, que por «derechos individuales» no había de entenderse «derechos adquiridos», sino los derechos fundamentales del título I de la CE. Finalmente, el TC ha equiparado los «derechos individuales» del artículo 9.3 CE a los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección 1.<sup>a</sup>, del capítulo 2.º del título I de la CE. De esta forma, el principio del Estado social que proclama el artículo 1.1 de la Constitución puede desplegar sin obstáculos todas sus potencialidades transformadoras.

La distinción entre principios constitucionales y normas programáticas no admite una línea divisoria clara. Sin embargo, existen diferencias entre ambos tipos de normas. Mientras los principios, que actúan en relación con la coherencia interna del ordenamiento jurídico,

atienden a la forma en que se desarrolla la acción normativa, las normas programáticas se refieren a los fines político-sociales del ordenamiento y, por tanto, a la finalidad de la acción normativa (Zagrebelsky). Podría decirse, pues, que los principios se refieren en mayor medida al modo en que se ejerce la actividad normativa, mientras que las normas programáticas se refieren a los fines que deben perseguirse a través de esa actividad normativa.

## **EL ESTADO ESPAÑOL COMO ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

### **El Estado social de derecho**

Esta fórmula abre el articulado de la Constitución, ya que son las primeras palabras del párrafo primero del artículo 1 las que la recogen solemnemente: «España se constituye en un Estado social y democrático de derecho [...]» (artículo 1.1 CE).

La fórmula tiene su origen en el constitucionalismo alemán occidental posterior a la Segunda Guerra Mundial, siendo utilizada por primera vez en las constituciones de algunos Länder y luego consolidada con su incorporación a la Ley fundamental de Bonn. No obstante, continúa siendo una fórmula constitucional no demasiado extendida entre los países de nuestro ámbito histórico y cultural, ya que son pocas las Constituciones posteriores a la Ley fundamental de Bonn que la han incorporado.

Ambos conceptos —Estado social y Estado democrático— están estrechamente relacionados. De hecho, el Estado social caracteriza al Estado democrático posterior a la Primera Guerra Mundial respecto al Estado liberal que se extendió a lo largo del siglo XIX. Si bien el Estado constitucional fue desde sus orígenes un Estado representativo, lo cierto es que desde su aparición a finales del siglo XVIII y su expansión a lo largo de prácticamente todo el siglo XIX se configuró como un poder representativo de sólo una parte de la sociedad ya que, sustancialmente a través del voto censitario pero también por medio de la manipulación electoral, la mayoría de la población quedaba excluida del proceso político.

Esta situación comienza a variar a partir del último tercio del siglo XIX con la incorporación al proceso político de la clase obrera, la aparición de los partidos de masas y la progresiva extensión del sufragio. El Estado experimenta una transformación radical, de modo que el



Estado liberal del XIX deviene en un Estado básicamente proveedor de servicios sociales que adquirirá carta de naturaleza sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial. El Estado social es, en definitiva, una consecuencia del proceso de democratización del Estado. El Estado democrático conduce inevitablemente al Estado social, ya que deberá atender a las demandas de toda la sociedad y no solamente a las de una parte de la misma.

Acuña la fórmula Estado social, ésta suscitó una polémica doctrinal entre los que defendían una interpretación expansiva de la misma que permitiría, según ella, la introducción de modificaciones en el modelo económico capitalista o incluso su transformación (Abendroth), y los que, por el contrario, negaban el carácter de norma jurídica a la fórmula Estado social, pues, según esta interpretación, la cláusula Estado social no debía tener encaje constitucional sino que debía ser operativa únicamente en el ámbito legislativo y administrativo (Forsthoff). La doctrina mayoritaria, sin embargo, defendería una postura intermedia en virtud de la cual se defendía el carácter jurídico de la fórmula Estado social, pero se descartaba su utilización como mecanismo habilitante para modificar o alterar sustancialmente el modelo de producción capitalista (Stern). Con esta última interpretación se identificará el constituyente español de 1978 al compatibilizar la recepción de la fórmula Estado social con la garantía del modelo económico realmente existente, pero sin descuidar al mismo tiempo el carácter de proveedor de bienes sociales del Estado.

Así se deduce del propio preámbulo de la CE al proclamar la voluntad de la Nación española de «garantizar la convivencia democrática conforme a un orden económico y social justo», o la de «promover el progreso de la cultura y de la economía para garantizar a todos una digna calidad de vida».

Pero además la fórmula Estado social se proyecta a su articulado. Así, el artículo 9.2 CE dispone: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». El artículo 33.2 CE contiene, además, una referencia a la «función social» de los derechos de

propiedad privada y herencia que «delimitará su contenido».

A su vez, el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del título I CE, recoge una serie de normas sociales (López Guerra) en las que se reconoce una serie de derechos económicos y sociales dirigidos a garantizar un mínimo nivel asistencial de todos los ciudadanos y, especialmente, de determinados sectores sociales.

El título VII, «Economía y hacienda», consagra la intervención pública en la actividad económica. En particular, los artículos 128 y 131 CE contienen referencias a la subordinación de toda la riqueza, cualquiera que sea su titularidad, al interés general, previéndose, incluso mediante ley, el recurso a la planificación de la actividad económica.

Todo ello constituye lo que se ha dado en llamar la «Constitución económica», concepto elaborado por la doctrina alemana en el período de la República de Weimar, concebida como el «conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico» (García Pelayo).

La fórmula Estado social ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional como criterio interpretativo para fundamentar alguna de sus decisiones. Conviene destacar entre ellas la justificación de la posición «preferente» que ocupa en la CE el derecho de huelga frente al derecho a tomar medidas de conflicto colectivo por parte de los empresarios (STC 11/1981); la afirmación de la irreversibilidad de las conquistas sociales ya conseguidas (STC 81/1982); o la justificación de algunas desigualdades contenidas en el derecho laboral respecto de empresarios y trabajadores favorables a estos últimos (SSTC 3 y 14/1983).

### **El Estado democrático de derecho**

El Estado democrático de derecho constituye la culminación de una larga evolución histórica que se inicia con la aparición del Estado constitucional. Es un concepto que se ha ido perfilando a lo largo del tiempo, de manera que el resultado final es la suma de los distintos elementos que se han ido incorporando en las sucesivas fases de la «lucha por el Estado de derecho» (Lucas Verdú).

Este proceso evolutivo se puede secuenciar en tres etapas distintas:

1. En los orígenes del Estado constitucional, la lucha por el Estado de derecho no va dirigida a delimitar el origen último de la voluntad del Estado sino, más modestamente, a limitar el poder del Estado mediante su sujeción a principios jurídicos racionales. Por ello es fundamental en este período la reclamación de que toda intervención en la libertad y la propiedad de los ciudadanos debe ser decidida mediante ley y que dicha ley debe ser aprobada conjuntamente por el monarca y el Parlamento.
2. En esta segunda fase no se plantea todavía la plena democratización del Estado de derecho, sino que la lucha por el Estado de derecho se mueve todavía en los márgenes exclusivamente del control o de la limitación del poder del Estado. Sin embargo, no se trata ahora únicamente de articular mecanismos que permitan la participación de la sociedad en la elaboración de la ley y prever procedimientos de elaboración de la misma que garanticen su racionalidad y, de ese modo, el control del poder regio, sino de extender el control jurídico al ámbito de la acción cotidiana de la Administración pública. Lo específico del Estado de derecho en este período es la lucha contra las «inmunidades del poder» (García de Enterría), es decir, dotar a los ciudadanos de instrumentos de protección frente a la actividad administrativa. Como consecuencia de ello se extiende el control judicial a la actividad administrativa, lo que provocará un gran debate en la segunda mitad del siglo XIX, y desembocará finalmente en el surgimiento de una jurisdicción especializada: la jurisdicción contencioso-administrativa.
3. La tercera y última fase se inicia con el constitucionalismo democrático posterior a la Primera Guerra Mundial. Aquí el problema crucial del Estado de derecho pasa por la legitimación democrática del poder del Estado. Así pues, lo determinante a partir de este momento es la legitimación democrática del poder, pues sin ella no se puede hablar en sentido estricto de Estado de derecho. En definitiva, Estado democrático y Estado de derecho se convierten en elementos indisolubles, de modo que un Estado que no sea democrático no es tampoco un Estado de derecho, independientemente de que se mantengan algunos de los elementos característicos del Estado de derecho de las etapas anteriores. Así entendido, el Estado democrático de derecho constituye el fundamento de nuestro texto constitucional, de suerte que la inmensa mayoría del

articulado de la CE tiene que ser considerado como normativa de desarrollo de este principio general.

No obstante, hay toda una serie de manifestaciones o presupuestos del Estado democrático particularmente relevantes o evidentes a lo largo del texto constitucional:

- a) La proclamación de la soberanía popular (artículo 1.2 CE).
- b) El pluralismo político y social: el principio democrático como concepción plural de la sociedad viene ya recogido en el preámbulo al proclamar la voluntad de la Nación española de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones». Pero esta concepción plural de la sociedad trasciende también al articulado: el artículo 1.1 CE reconoce como valor superior del ordenamiento jurídico el pluralismo político; el artículo 6 CE constitucionaliza los partidos políticos y el artículo 7 CE hace lo propio con los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales.
- c) El reconocimiento de la participación de los ciudadanos en sus diversas manifestaciones. La democracia como participación es consecuencia obligada de la atribución al pueblo español de la soberanía, conforme al artículo 1.2 CE: si los poderes del Estado emanan del pueblo, el proceso político ha de asentarse en la participación de los ciudadanos. En este sentido, establece el artículo 23 CE que «los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Igualmente, nuestra CE ha previsto como institución de democracia directa el concejo abierto del artículo 140 CE y, como instituciones de democracia semidirecta, la iniciativa legislativa popular (artículo 87.3 CE); el referéndum, con sus distintas modalidades: referéndum constitucional, tanto en su modalidad obligatoria como facultativa, el referéndum consultivo y los referéndums autonómicos, tanto de iniciativa autonómica como de aprobación y reforma de los estatutos; el derecho de petición del artículo 77 CE; en el ámbito judicial, la acción popular y el jurado conforme al artículo 125 CE; o en el ámbito administrativo las modalidades de participación del artículo 105 CE. Además, el propio artículo 9.2 CE señala que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y

cultural.

## **LA REFORMA CONSTITUCIONAL**

El fin que se persigue con la reforma constitucional es institucionalizar el poder constituyente con el objetivo de poder modificar en tanto que norma jurídica la Constitución en vigor. La Constitución española ha previsto dos procedimientos de reforma: uno denominado de «reforma» y otro de «revisión».

Tanto en el procedimiento de reforma como en el de revisión hay que distinguir la fase de tramitación parlamentaria y la de participación directa del cuerpo electoral. A su vez, en la fase parlamentaria conviene distinguir, como en cualquier procedimiento legislativo, dos momentos: el de la iniciativa, por un lado, y el de la deliberación y aprobación, por otro.

### **Iniciativa de la reforma y de la revisión**

El artículo 166 de la CE, que regula la iniciativa de la reforma en general —reforma y revisión— remite al artículo 87.1 y 2 CE, que regula la iniciativa legislativa en el procedimiento legislativo ordinario. La remisión excluye el apartado 3 del artículo 87 de la CE, de manera que queda expresamente excluida para la reforma de la Constitución la iniciativa legislativa popular prevista en el artículo 87.3 CE.

Así pues, son titulares del derecho de iniciativa de la reforma constitucional, el Gobierno, el Congreso y el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

La única diferencia respecto al procedimiento legislativo ordinario en este punto es la que han introducido los reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado. En el primero, mientras que para la iniciativa legislativa ordinaria se exige la presentación de la proposición de ley por un diputado con la firma de otros catorce o por un grupo parlamentario con la sola firma de su portavoz (artículo 126.1 Reglamento del Congreso), para la iniciativa de la reforma se establece que «deberá ir suscrita por dos grupos parlamentarios o por una quinta parte de los diputados» (artículo 146.1 Reglamento del Congreso). En el Senado, la iniciativa legislativa ordinaria se atribuye a un grupo parlamentario o veinticinco senadores (artículo 108 Reglamento del Senado), y la de reforma de la Constitución, en cambio, a cincuenta senadores que no pertenezcan al mismo Grupo Parlamentario (artículo 152 Reglamento del Senado).

El artículo 169 CE establece límites al ejercicio de la iniciativa de reforma constitucional: «No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116 [estados de alarma, excepción y sitio]».

## **Fase de deliberación y aprobación parlamentaria**

### *Reforma constitucional*

Está regulado en el artículo 167 CE:

«1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado».

Así pues, si ambas cámaras aprueban una iniciativa de reforma en los mismos términos por mayoría de tres quintos, el texto de la reforma habría superado el trámite parlamentario. En cambio, si no hubiese acuerdo entre ambas, es decir, si Congreso y Senado hubiesen aprobado la iniciativa de reforma por mayoría de tres quintos pero no en los mismos términos, se intentará obtener dicho acuerdo mediante la creación de una Comisión mixta paritaria Congreso-Senado. Aunque la Constitución no determina expresamente la mayoría exigida para aprobar el texto propuesto por esta Comisión, parece claro que la mayoría exigida será de tres quintos de cada cámara.

En caso de que el proyecto de reforma no hubiese sido aprobado siguiendo una de las dos variantes anteriores —aprobación del mismo texto por ambas cámaras o aprobación por ambas cámaras del texto consensuado en la Comisión mixta paritaria—, entraría en juego la previsión del apartado segundo del artículo 167: «De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma».

De todo ello se deduce que hay dos procedimientos de reforma: uno, en el que las dos cámaras están en posición de igualdad, y otro, en el que se da una cierta primacía al Congreso de los Diputados sobre el Senado.

### *Revisión constitucional*

Este procedimiento habrá de seguirse cuando se propusiese un cambio de Constitución, es decir, una reforma total de la misma, o para la reforma de las decisiones políticas fundamentales (título preliminar), los derechos fundamentales y libertades públicas (sección 1.ª del capítulo II del título I) y para la Corona (título II) (artículo 168.1 CE).

En el caso de que ése sea el objeto de la reforma «se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara y a la disolución inmediata de las Cortes» (artículo 168.1 CE). Del tenor literal de este precepto parece desprenderse que las cámaras no se pronunciarían en esta fase del procedimiento sobre un determinado texto articulado, sino únicamente sobre la conveniencia u oportunidad de la revisión constitucional.

Tras la constitución de las nuevas cámaras elegidas, éstas «deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas cámaras» (artículo 168.2 CE). No se especifica por cuál mayoría las nuevas cámaras deberán ratificar la decisión de la legislatura precedente de proceder a una revisión constitucional y, por tanto, habría que interpretar que bastaría la mayoría simple.

En definitiva, la revisión exige la aprobación por dos legislaturas distintas y establece una posición de paridad absoluta entre el Congreso y el Senado.

### **Ratificación mediante referéndum**

El constituyente español ha previsto la ratificación a través de referéndum tanto de la reforma como de la revisión, pero en términos distintos para una y otra:

1. El referéndum de ratificación de la reforma de la Constitución no es un referéndum obligatorio, sino que es un referéndum facultativo. Únicamente tendrá que celebrarse si en el plazo de los quince días siguientes a su aprobación así lo solicita la décima parte de los miembros de cualquiera de ambas cámaras (artículo 167.3 CE).
2. El referéndum de ratificación de la revisión constitucional es, en cambio, un referéndum obligatorio, según reza el artículo 168.3 CE: «Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación».



Una vez aprobada la reforma o revisión, el texto de la Constitución reformada o de la nueva Constitución pasa a la fase llamada de integración de la eficacia de la norma, que consiste en la sanción por el jefe del Estado, la promulgación y la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

A estas previsiones constitucionales respecto a la reforma constitucionales, deben añadirse las contenidas en la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, reformada en 2004. Dispone al respecto la Ley orgánica que la Comisión de Estudios del Consejo de Estado elaborará las propuestas de reforma constitucional que el Gobierno encomiende al Consejo de Estado y las someterá al Pleno del mismo, que se pronunciará sobre ellas por mayoría simple. En todo caso, en la elaboración de estas propuestas de reforma constitucional por encargo del Gobierno, el Consejo de Estado atenderá a los objetivos, criterios y límites de la reforma señalados por el Gobierno, y podrá hacer también las observaciones que estime pertinentes acerca de ellos. Además prevé el artículo 21 de la Ley que el Consejo de Estado en Pleno habrá de ser consultado de forma preceptiva (y no vinculante) en los asuntos de «anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado».

Nuestro texto constitucional ha conocido dos reformas constitucionales. La primera, la reforma obligada del artículo 13.2 CE (BOE núm. 207, de 28 de agosto de 1992) para adecuar la Constitución al Tratado de Maastricht de 1992, que reconocía a los ciudadanos comunitarios el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales. La segunda, la reforma del artículo 135 CE (BOE núm. 233, de 27 de septiembre de 2011) a fin de constitucionalizar el principio de estabilidad presupuestaria y vincular de ese modo a todas las administraciones públicas en su consecución. Esta reforma fue complementada por la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, avalada por la Sentencia 215/2014, del Tribunal Constitucional.

**VICENTE A. SANJURJO RIVO**

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA



## **BIBLIOGRAFÍA:**

ABENDROTH, W.; FORSTHOFF, E., y DOEHRING, K.: *El Estado social*, Madrid, 1986.

ÁLVAREZ CONDE, E.: *Curso de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 6.<sup>a</sup> ed., 2008.

ALZAGA VILLAAMIL, Ó.; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., y RODRÍGUEZ ZAPATA, J.: *Derecho político español según la Constitución de 1978, I y II*, Madrid, vol. I, 4.<sup>a</sup> ed., 2007, vol. II, 4.<sup>a</sup> ed., 2008.

ARAGÓN REYES, M. (coord.): *Temas básicos de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, 2001.

BALAGUER CALLEJÓN (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*, 2 vols., Madrid, 4.<sup>a</sup> ed., 2009.

BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VARELA, J., y REQUEJO PAGÉS, J. L.: *Derecho Constitucional*, Barcelona, 1999.

BLANCO VALDÉS, R.: *Introducción a la Constitución de 1978*, Madrid, 2006.

ESTEBAN, J. DE, y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J.: *Tratado de Derecho Constitucional*, 3 vols., Madrid, vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., 2001, vol. II, 1.<sup>a</sup> ed., 2004, vol. III, 1.<sup>a</sup> ed., 2000.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, 1995.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P. «El procedimiento agravado de reforma de la Constitución de 1978», *RDPol*, 71-72 (2008).

GARCÍA PELAYO, M.: «El Estado social y sus implicaciones», en *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1985.

GARRORENA MORALES, A.: *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Madrid, 1984.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: «Algunos problemas de interpretación en torno al Título X de la Constitución», *RDPol*, 7 (1980).

KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., de 1960; versión española, UNAM, México,

1981.

LEGUINA VILLA, J.: «Principios generales del Derecho y Constitución», *RAP*, n.º 114, 1987.

LÓPEZ GUERRA, L.; ESPÍN TEMPLADO, E.; GARCÍA MORILLO, J.; PÉREZ TREMPES, P., y SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M.: *Derecho Constitucional*, 2 vols., Valencia, 7.ª ed., 2007.

LUCAS VERDÚ, P.: *Curso de Derecho Político*, 4 vols., Madrid, vol. 1, 2.ª ed. (4.ª reimpr.), 1992, vol. 2, 3.ª ed. (rev.), 1986, vol. 3, 2.ª ed. (rev. y ampl.), vol. 4, 2.ª ed. (rev. y ampl.), 1984.

LUCAS VERDÚ, P., y LUCAS MURILLO, P.: *Manual de Derecho Político*, vol. I, Madrid, 3.ª ed., 1994.

MARAVALL HERRERO, J. M.: *La política de la transición*, Tauros, Madrid, 1984.

ORZA LINARES, R. M.: *Fundamentos de la democracia constitucional: los valores superiores del ordenamiento jurídico*, Granada, 2003.

OTTO y PARDO, I. de: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 2.ª ed., 1988.

PAREJO ALFONSO, L.: *Constitución y valores del ordenamiento*, CEURA, Madrid, 1990.

PÉREZ ROYO, J.: *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987; «Una asignatura pendiente: la reforma de la Constitución», *REDC*, 69 (2003) TORRES DEL MORAL, A: *Principios de Derecho Constitucional Español*, 2 vols., Madrid, 5.ª ed., 2004.

VEGA GARCÍA, P. de: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985.

ZAGREBELSKY, G.: *Manuale di Diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Turín, 1988.

## **TEMA 3**

**DERECHOS Y LIBERTADES. DERECHOS  
FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.  
DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS.**

## **TEMA 3. DERECHOS Y LIBERTADES. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS.**

### ÍNDICE

#### 1. Derechos y libertades.

1.1. El título primero de la Constitución como declaración de derechos.

1.2. El concepto de derechos fundamentales.

#### 2. Derechos fundamentales y libertades públicas.

2.1. Derecho a la vida y a la integridad física y moral.

2.2. Libertad ideológica, religiosa y de culto.

2.3. Derecho a la libertad y a la seguridad.

2.4. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2.5. Derecho a la libertad de expresión, en sus diferentes modalidades.

2.6. Derecho de reunión pacífica y sin armas.

2.7. Derecho de asociación.

2.8. Derecho a participar en los asuntos públicos.

2.9. Derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales.

2.10. Derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones no reguladas en la ley en el momento de producirse.

2.11. Derecho a la jurisdicción ordinaria.

2.12. Derecho a la educación.

2.13. Derecho a la sindicación.

2.14. Derecho de petición individual y colectiva.

### 3. Derechos y deberes de los ciudadanos.

3.1. Derecho y el deber de defender a España.

3.2. Deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

3.3. Derecho a contraer matrimonio.

3.4. Derecho a la propiedad.

3.5. Derecho de fundación.

3.6. Deber y derecho al trabajo.

3.7. Colegios profesionales democráticos.

3.8. Derecho a la negociación colectiva laboral y a adoptar medidas de conflicto colectivo.

3.9. Libertad de empresa.

## **1. DERECHOS Y LIBERTADES.**

### **1.1 El título primero de la Constitución como declaración de derechos.**

La Constitución posee en el título primero, dedicado a los «derechos y deberes fundamentales», uno de los pilares básicos de la definición del Estado como «social y democrático de derecho» (artículo 1 de la CE). Este título primero representa, pues, la declaración de derechos del ordenamiento español por cuanto en él, siguiendo la tradición constitucional, se enumeran los derechos fundamentales. Estos toman su denominación de «fundamentales» de la importancia que poseen dentro del ordenamiento como elemento material básico para configurar el sistema jurídico y político.

Coherentemente con las funciones que cumplen las declaraciones de derechos, los derechos fundamentales reconocidos por el título primero poseen una doble naturaleza. Por una parte, tienen una finalidad que se ha denominado «axiológica» ya que, siguiendo

palabras del Tribunal Constitucional, «son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto que ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución» (STC 25/81, caso legislación antiterrorista I). Los derechos fundamentales, desde esta perspectiva, poseen una naturaleza objetiva como elemento que define la estructura política y jurídica del Estado.

Junto a la anterior dimensión de los derechos fundamentales, éstos pueden ser observados desde una segunda perspectiva: desde la dimensión del individuo. Siguiendo también palabras del Tribunal Constitucional, desde este punto de vista, los derechos fundamentales «son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de existencia» (STC 25/81, ya citada).

La dimensión objetiva, o axiológica, y la subjetiva, o individual, de los derechos fundamentales han de tenerse constantemente presentes a la hora de entender e interpretar la realidad político-constitucional, tanto por su íntima interdependencia como por esa característica consistente en ser elemento estructural del Estado social y democrático de derecho.

## **1.2. El concepto de derechos fundamentales**

Aunque la denominación del título primero de la CE sea la de «Derechos y deberes fundamentales», el contenido de esta parte de la Norma Fundamental es más complejo que el simple enunciado o elenco de derechos y deberes. El título primero se divide en cinco capítulos, presididos, a su vez, por el artículo 10 de la CE. Este precepto actúa como «pórtico» introductorio de todo el título y en él se recalca el carácter básico del individuo, de su dignidad como tal y de sus derechos para el orden político; asimismo, en el apartado segundo se establecen determinadas reglas en torno a la interpretación de los derechos fundamentales.

– El capítulo primero «De los españoles y los extranjeros» regula las condiciones de

ejercicio de los derechos fundamentales, si bien algunas de esas condiciones representan en sí mismas derechos.

– El capítulo segundo «Derechos y libertades» es el apartado en el que se sitúa la auténtica declaración de derechos, que se divide a su vez en dos secciones precedidas del reconocimiento del principio de igualdad ante la ley (artículo 14). La primera de esas secciones se denomina «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (artículos 15-29); la segunda se titula «De los derechos y deberes de los ciudadanos» (artículos 30-38).

– El capítulo tercero «Principios rectores de la política social y económica», como su propia denominación indica, no reconoce propiamente derechos subjetivos sino principios rectores que deben presidir la acción de los poderes públicos.

– El capítulo cuarto está dedicado a regular las garantías que permiten asegurar la plena efectividad de los derechos constitucionales.

– El capítulo quinto, por último, establece las bases de la regulación de la suspensión de los derechos fundamentales durante situaciones excepcionales o de crisis.

La denominación «derechos fundamentales» puede resultar equívoca ya que se usa en un doble sentido. En un sentido amplio, y menos preciso técnicamente, el término «derechos fundamentales» puede incluir todas las normas materiales del título primero que dan rango constitucional a un determinado bien jurídico; desde esta perspectiva, los tres primeros capítulos del título primero reconocen derechos fundamentales.

En un segundo sentido, más estricto y más correcto técnicamente, «derechos fundamentales» no son todos los del título primero. Dicho de otra manera, no todos los derechos constitucionales son auténticos derechos fundamentales. Esta última denominación tiende a reservarse para algunos derechos constitucionales que la Norma Fundamental ha considerado como núcleo central del *status* jurídico del individuo. En sentido estricto, pues, sólo los derechos consagrados en los artículos 14 a 29 de la CE son auténticos derechos fundamentales, lo que se manifiesta en la especial rigidez exigida para su reforma (artículo 168.1 de la CE), en el sistema reforzado de garantía para ellos

previsto (artículo 53.2 de la CE) y en las garantías normativas impuestas a su desarrollo (artículo 82 y siguientes de la CE).

No obstante, para amplios sectores doctrinales la calificación de «fundamentales» también es aplicable a los derechos incluidos en la sección segunda del capítulo II (artículos 30-38); la cuestión tiene un carácter básicamente nominalista siempre y cuando se tenga presente que el status jurídico de los derechos reconocidos en la sección primera está mucho más reforzado que el de los de la sección segunda aunque, obviamente, gozan de todas las características derivadas de su ubicación constitucional. Por lo que respecta al capítulo primero, como se ha indicado previamente, en él no se regulan propiamente derechos, sino condiciones para el ejercicio de éstos; no obstante, también se señaló que, junto a esas condiciones de ejercicio de derechos fundamentales, se reconocen auténticos derechos subjetivos que, en cuanto tales, poseen rango constitucional (derecho de asilo, por ejemplo).

Por último, como también se ha señalado, el capítulo tercero no reconoce auténticos derechos subjetivos sino solamente principios rectores. Dicho de otra manera, los «principios rectores» no otorgan por sí solos facultades ejercitables al individuo; se trata sencillamente de normas dirigidas al poder público, sin dimensión subjetiva autónoma.

En resumen, sólo los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 de la CE pueden calificarse en sentido estricto de derechos fundamentales, aunque esta terminología se aplique, en ocasiones, también a todo el capítulo segundo e, incluso, de forma técnicamente incorrecta, a todo el título primero.

Ahora bien, y por otra parte, hay que tener presente que no todos los contenidos de los citados preceptos comprenden derechos fundamentales. Junto al reconocimiento de las facultades subjetivas del individuo, existen normas que no reconocen propiamente derechos fundamentales, estableciendo reglas complementarias a la regulación de éstos: mandatos al legislador (artículo 20.3 de la CE), normas finalistas (artículo 25.2 de la CE), garantías institucionales (artículo 27.10 de la CE), etc.

Esta pluralidad de contenidos del título primero de la CE responde a su condición de pieza



esencial de la parte dogmática de la Constitución; en cuanto instrumento de definición de los principios más importantes del orden político y jurídico, trata conjuntamente distintas instituciones; pero, desde el punto de vista formal, sólo aquellos preceptos que reconocen auténticas situaciones subjetivas exigibles frente a otros sujetos de derecho y considerados como tales por la Constitución son verdaderos derechos fundamentales.

## **2. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS.**

Como se ha venido diciendo, los derechos fundamentales y libertades públicas son el *nomen iuris* de la sección primera del capítulo II «Derechos y libertades» del título I «De los derechos y deberes fundamentales» de la CE.

Se procede, a continuación, a la enumeración de dichos derechos, regulados en los artículos 15 al 29 de la CE (se transcriben los preceptos), sin perjuicio de que la materia pueda completarse con el régimen de las garantías de estos derechos, que es objeto del tema siguiente:

### **2.1. Derecho a la vida y a la integridad física y moral.**

Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

### **2.2. Libertad ideológica, religiosa y de culto.**

Artículo 16.1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones.

### **2.3. Derecho a la libertad y a la seguridad.**

Artículo 17.1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por la ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

### **2.4. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.**

Artículo 18.1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

## Artículo 19.

Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

### **2.5. Derecho a la libertad de expresión, en sus diferentes modalidades.**

Artículo 20.1. Se reconocen y protegen los derechos:

1. A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
2. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
3. A la libertad de cátedra.
4. A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.
2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.
3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.
4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.
5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

## **2.6. Derecho de reunión pacífica y sin armas.**

Artículo 21.1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

## **2.7. Derecho de asociación.**

Artículo 22.1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

## **2.8. Derecho a participar en los asuntos públicos.**

Artículo 23.1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

## **2.9. Derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales.**

Artículo 24.1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso,

pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

### **2.10. Derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones no reguladas en la ley en el momento de producirse.**

Este derecho constituye también un principio esencial en el derecho punitivo, que es el principio de reserva de ley en materia de infracciones y sanciones, tanto en el orden penal como en el administrativo.

Artículo 25.1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

### **2.11. Derecho a la jurisdicción ordinaria.**

El artículo 26 prohíbe los tribunales de honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales. *Sensu contrario*, esta prohibición se configura como un derecho a la jurisdicción ordinaria.

### **2.12. Derecho a la educación.**

Artículo 27.1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las universidades en los términos que la ley establezca.

### **2.13. Derecho a la sindicación.**

Artículo 28.1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

### **2.14. Derecho de petición individual y colectiva.**

Artículo 29.1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.

2. Los miembros de las fuerzas o institutos armados o de los cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho solo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

## **3. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS.**

La sección II del capítulo II del título I regula los derechos y deberes de los ciudadanos, objeto de este apartado. Esta materia puede completarse con el régimen de las garantías constitucionales de estos derechos, que es objeto del tema siguiente.

### **3.1. Derecho y deber de defender a España.**

Artículo 30.1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas

garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.

4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

### **3.2. Deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.**

Artículo 31.1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica, mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

### **3.3. Derecho a contraer matrimonio.**

Artículo 32.1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

### **3.4. Derecho a la propiedad.**

Artículo 33.1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.



### **3.5. Derecho de fundación.**

Artículo 34.1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley.

2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22.

### **3.6. Deber y derecho al trabajo.**

Artículo 35.1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.

### **3.7. Colegios profesionales democráticos.**

Artículo 36. La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los colegios deberán ser democráticos.

### **3.8. Derecho a la negociación colectiva laboral y a adoptar medidas de conflicto colectivo.**

Artículo 37.1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

### **3.9. Libertad de empresa.**

Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

García Morillo (en colaboración) *Derecho Constitucional*, 2 volúmenes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) *Temas de Derecho Constitucional*, editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho Constitucional*, 2 volúmenes, editorial Tecnos.

CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (Dir), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer (Las Rozas) Madrid, 2008.

**VICENTE CALVO DEL CASTILLO**

INTERVENTOR-TESORERO Y SECRETARIO-INTERVENTOR DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 4**

# **GARANTÍAS Y TUTELA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU SUSPENSIÓN. PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA**

## **TEMA 4. GARANTÍAS Y TUTELA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU SUSPENSIÓN. PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA**

### **ÍNDICE**

1. Garantías de los derechos y libertades.
  - 1.1 La aplicación directa de los derechos fundamentales.
  - 1.2 La reserva de ley.
  - 1.3 El contenido esencial de los derechos fundamentales.
  - 1.4 El Defensor del Pueblo.
2. La tutela de los derechos y libertades.
  - 2.1 La protección judicial de los derechos fundamentales.
  - 2.2 El amparo constitucional.
  - 2.3 La protección internacional.
3. Su suspensión.
4. Principios rectores de la política social y económica.

### **1. GARANTÍAS DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES**

#### **1.1. La aplicación directa de los derechos fundamentales**

El primer mecanismo de garantía es la especial naturaleza jurídica de los derechos fundamentales o, más en concreto, de los artículos recogidos en el capítulo 2º del título I de la CE. Estos preceptos son, en su propio tenor constitucional, directamente aplicables, con independencia de que exista o no norma de rango inferior a la Constitución que los desarrolle. La directa aplicabilidad de los artículos que nos ocupan se deriva de la propia Constitución, tal como recoge el art. 53.1, sin necesidad de mediación legislativa alguna, de los preceptos constitucionales a que se refiere.

Esta aplicabilidad directa es lo que ha permitido que diversos derechos fundamentales (p.e. el de asociación) que durante un período relativamente largo estuvieron regulados, o lo están, incluso, en la actualidad, por leyes preconstitucionales, sean ejercidos de conformidad con los mandatos constitucionales. En efecto, la directa aplicabilidad de los

derechos fundamentales opera de forma combinada con la disposición derogatoria de la CE, en forma tal que soluciona los problemas planteados por la situación, que, en algunos casos, se da, en que la ausencia de desarrollo legislativo postconstitucional coincide con la existencia de normas preconstitucionales reguladoras de un derecho fundamental.

En tales casos, el carácter prevalente de la Constitución y la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales, conjugados con la Disposición derogatoria, producen que decaiga la vigencia de las normas preconstitucionales que se opongan en la Constitución. De esta forma, los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución cobran plena eficacia aun cuando no hayan sido objeto de desarrollo legislativo e, incluso, aunque existan normas anteriores a la Constitución y contradictorias con ella.

## **1.2. La reserva de ley**

a) En general, además de la directa aplicabilidad, la Constitución dota a los derechos fundamentales de un segundo elemento de garantía que se recoge en el art. 53.1. A tenor de este precepto, la Constitución exige que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales se realice, forzosamente, por ley. Con ello, se impide que otro órgano que no sea el legislativo proceda a la regulación —y, eventualmente, a la restricción— de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.

b) La reserva de ley orgánica.

Esta reserva de ley prevista en el art. 53.1 de la CE es genérica y afecta a todos los derechos reconocidos en el capítulo 2º del título I de la CE. Sin embargo, la reserva de ley genérica se concreta, reforzándose, en relación con las libertades públicas reconocidas en la sección 1ª del propio capítulo 2º. En efecto, si todos los derechos recogidos en el capítulo 2º no pueden regularse sino por ley, los regulados en los arts. 14 a 29 de la norma fundamental sólo, y solamente ellos, pueden ser desarrollados mediante ley orgánica (STC 116/99, caso de técnicas de reproducción asistida). Se introduce, con ello, una garantía adicional del desarrollo legislativo de las libertades públicas, al exigirse para ello una mayoría cualificada. Como lógico corolario de todo ello, el art. 86.1 de la CE impide que los decretos-leyes afecten a los derechos y libertades reconocidos en el título I. Se veta, con ello, la posibilidad de que el Ejecutivo pueda, por sí solo, aprobar normas que regulen las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales.

En síntesis, el resultado de todo este complejo garantista es que los derechos de los ciudadanos solo pueden ser regulados por ley formal y las libertades públicas solo pueden ser objeto de desarrollo legislativo mediante una ley orgánica.

c) El alcance de la reserva de ley orgánica.

Lo que la Constitución pretende es que se desarrollen por ley orgánica los elementos básicos que configuran el ejercicio del derecho fundamental de que se trate. Dicho en otros términos, lo que se persigue es que las condiciones del ejercicio de los derechos fundamentales sean reguladas mediante una ley orgánica.

Por otro lado, el margen de actuación de las leyes orgánicas está, también, limitado. Lo que la Constitución pretende con la reserva de ley orgánica no es otra cosa que asegurar que determinadas materias, que se consideran singularmente relevantes, revistan una especial rigidez formal, de manera que la regulación de dicha materia —o la modificación o derogación de la misma— precise de una mayoría cualificada. Dicho con otras palabras, lo que se persigue es resguardar la normación de esa materia de eventuales modificaciones sucesivas en virtud de la alternancia de mayorías parlamentarias coyunturales. Así, se otorga a la regulación de estas materias una rigidez formal superior a la de las leyes ordinarias.

Pero la rigidez formal va acompañada de una limitación material, en prevención de que un abuso de la legislación orgánica produzca una subida del ordenamiento y bloquee la posterior actuación del legislador. Por ello, la utilización de la ley orgánica está, también, circunscrita a las materias objeto de la reserva de ley orgánica. Como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 5/81, caso LOECE), «si es cierto que existen materias reservadas a ley orgánica, también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias».

### **1.3. El contenido esencial de los derechos fundamentales**

a) Concepto.

Así pues, solo por ley pueden regularse los derechos reconocidos en el capítulo 2º del título I y esa ley ha de ser orgánica si desarrolla las libertades públicas reconocidas en los arts. 15 a 29 de la CE. Pero ni siquiera el legislador, ni aún el legislador orgánico, puede regular con absoluta discrecionalidad los derechos fundamentales. No cabe un

desarrollo legislativo de los derechos fundamentales que restrinja su contenido o las condiciones de su ejercicio por debajo del nivel constitucionalmente previsto.

En efecto, la Constitución impone al legislador, en el nº 1 del art. 53, la obligación de «respetar el contenido esencial» de los derechos fundamentales, obligación que constituye una garantía adicional a la reserva de ley. Mediante ésta, se atribuye al poder legislativo, en exclusiva, la potestad de normar el desarrollo de los derechos y libertades; pero, además, al obligar al legislador a respetar el contenido esencial de tales derechos y libertades se imposibilita que el desarrollo legislativo vacíe de contenido material los preceptos constitucionales. De esta manera, se evita el peligro de que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales sea puramente formal y se dota a dichos preceptos de un contenido material intangible.

La obligación de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades impone, en realidad, un límite al legislador: éste puede, y aún debe, desarrollar legislativamente los preceptos constitucionales; pero no puede hacerlo de tal forma que el reconocimiento constitucional se torne inoperante.

b) Delimitación.

Se hace preciso, pues, en cada caso, determinar si la actuación del legislador ha invadido el núcleo intangible del derecho, conculcando su contenido esencial, o se ha limitado a modular su ejercicio dentro del margen de actuación de que dispone.

La noción del contenido esencial de los derechos fundamentales es, pues, predominantemente casuística: habrá que estar al concreto desarrollo de cada derecho constitucionalmente reconocido para determinar si dicho desarrollo respeta o no el contenido esencial del mismo.

Así, el contenido esencial de estos derechos son aquellos rasgos que los integran en esas nociones generalmente asumidas de los mismos. De esta suerte, si un determinado derecho no reúne, en su desarrollo legislativo, esos rasgos que lo identifican como perteneciente a la noción generalmente asumida, se vulnera su contenido esencial. Este, por lo tanto, estaría constituido por el conjunto de rasgos que permiten reconocer a un derecho como perteneciente al tipo, idea o categoría generalmente asumida del mismo.

Un segundo criterio para determinar el contenido esencial del derecho sería el de localizar

aquellos intereses cuya protección se persigue con el reconocimiento del derecho. Siguiendo esta vía, sería preciso, para determinar si se respeta el contenido esencial del derecho, dilucidar si los intereses que éste pretende proteger y resguardar están efectiva, real y concretamente protegidos por el desarrollo legislativo del derecho.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 11/81, caso Decreto-ley sobre la huelga) ambos criterios de determinación del contenido esencial de un derecho no son antitéticos ni alternativos, sino complementarios.

#### **1.4. El Defensor del Pueblo**

a) Concepto.

La institución del Defensor del Pueblo está contemplada en el art. 54 de la CE, en el que se crea esta figura como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el título I, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la Administración. La Constitución se remite a una ley orgánica para la regulación del instituto, mandato cumplimentado con la LO 3/81, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (LODP).

En relación a los derechos fundamentales, puede al Defensor del Pueblo interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo, lo que ha sido interpretado de forma amplia por el Tribunal Constitucional.

### **2. La tutela jurisdiccional de los derechos y libertades.**

#### **2.1. La protección judicial de los derechos fundamentales.**

La protección judicial de los derechos fundamentales arranca del art. 53.2 de la CE. Tal precepto dispone que, junto al recurso de amparo residenciable ante el Tribunal Constitucional como ahora veremos, deben existir procesos judiciales residenciables en los órganos jurisdiccionales integrados en el Poder Judicial, con las notas de preferentes y sumarios.

Como regla general, no existe un juez especial de los derechos fundamentales sino que las leyes procesales han establecido procedimientos específicos a seguir en aquellas acciones en las que se denuncian derechos fundamentales. Así, todas las leyes procesales generales tienen previsiones en este sentido, de forma que la vía a seguir dependerá exclusivamente



de la materia de la que se trate según las reglas generales de reparto entre los distintos órdenes jurisdiccionales, lo que, a su vez, viene marcado por la naturaleza del acto objeto de impugnación.

De lo expuesto se deduce, pues, que la protección de derechos a través de la jurisdicción ordinaria prevista en el art. 53.2 de la CE se ha desarrollado de manera sectorial, dentro de los distintos órdenes jurisdiccionales, con, a mayores, algunos mecanismos procesales específicos que sirven para proteger ciertos derechos fundamentales, mecanismos específicos que se justifican por las particularidades de los actos que pueden generar la lesión de esos derechos (es el caso de la LO 6/84, reguladora del *habeas corpus*; de la LO 2/1984, reguladora del derecho de rectificación, o de los recursos contencioso-electorales previstos en la LOREG 5/1985 (arts. 49 y 114), o del art. 122 de la LJCA, en relación con el derecho de reunión).

## **2.2. El amparo constitucional.**

El art. 53.2 de la CE señala que los derechos reconocidos en los arts. 14 a 29 de la Constitución, así como la objeción de conciencia, son protegibles, además de por el amparo judicial, a través del amparo constitucional.

La característica más específica del recurso de amparo constitucional deriva, precisamente, del órgano ante el que se residencia: a diferencia del amparo judicial que, como se vio, se insta de los órganos jurisdiccionales ordinarios, el amparo constitucional se solicita, precisamente, del Tribunal Constitucional.

No puede omitirse que el amparo constitucional reviste una función que trasciende de la proyectada por la mera resolución del caso concreto. Ciertamente, su objeto primario es ofrecer una garantía más de los derechos fundamentales, pero, además, ese instrumento confiere al Tribunal Constitucional una función de alcance más global, que puede resumirse como el control de la forma en que los jueces y tribunales ordinarios aplican los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales, la fijación de las pautas y criterios que han de inspirar la actuación de los órganos de la jurisdicción ordinaria, como ya queda recogido en el art. 5.1 de la LOPJ 6/1985.

Por otra parte, el amparo constitucional cumple aún una última función, en consonancia con la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución.

Los recursos de amparo constitucional que ante él se sustancian permiten que el Tribunal Constitucional realice esa labor interpretativa y defina el alcance y significado exacto de los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales, un alcance y significado que, como se ha visto, deben informar la interpretación y aplicación que de las leyes y los reglamentos realicen los órganos jurisdiccionales ordinarios.

El amparo constitucional es un recurso subsidiario, porque es condición necesaria para poder accionar el amparo constitucional haber agotado antes las vías judiciales procedentes.

El amparo constitucional es un recurso de objeto limitado: en él no se pueden hacer valer cualesquiera pretensiones, sino sólo las dirigidas a preservar o restablecer los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 de la CE, además de la objeción de conciencia.

Por último, el objeto limitado del recurso predetermina también la resolución del Tribunal Constitucional, pues éste, en caso de otorgar el amparo, deberá limitarse a lo previsto en el art. 55.1 de la LOTC; esto es, habrá de reducirse a declarar la nulidad del acto o resolución que vulneró el derecho fundamental, a reconocer éste último y a restablecer al recurrente en su derecho.

### **2.3. La protección internacional.**

Por último, y si todos los mecanismos nacionales de protección resultan infructuosos, los derechos fundamentales pueden ser defendidos, también, ante instancias internacionales, y más concretamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en la ciudad de Estrasburgo. España es signataria del Convenio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona (CEDH) que, entre otras cosas, instituye un órgano jurisdiccional encargado de la protección de los derechos recogidos en el convenio: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En cuanto signataria del convenio, España está sujeta tanto a los derechos en el mismo consagrados como a la jurisdicción del TEDH.

La protección que dispensa el TEDH se limita, como es lógico, a los derechos consagrados en el CEDH y en los protocolos que lo amplían; por tanto, y desde el punto de vista interno, sólo pueden ser protegidos por este procedimiento los derechos fundamentales

recogidos en la Constitución que coinciden con los reconocidos en el CEDH; en todo caso, la coincidencia entre la declaración constitucional y el CEDH es muy amplia, máxime si se tiene en cuenta que el art. 10.2 de la CE impone que el CEDH se utilice como parámetro de interpretación de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados.

El mecanismo de protección que ofrece el TEDH pueden utilizarlo tanto personas físicas como jurídicas (art. 34 CEDH); pero, para acudir al TEDH, se debe respetar el principio de subsidiariedad, o dicho de otra forma, es menester haber agotado previamente todas las vías internas (art. 35.1 CEDH), incluido, en su caso, el Tribunal Constitucional, lo que será la regla general ya que, como se ha indicado, existe una correspondencia muy amplia entre el contenido material del CEDH y los derechos protegidos en amparo, aunque exista alguna excepción significativa: el derecho de propiedad.

Sin entrar a exponer las particularidades del procedimiento que se sigue ante el TEDH, sí conviene destacar que sus decisiones tienen una doble importancia constitucional. Desde el punto de vista general, y como consecuencia de la previsión ya citada del art. 10.2 de la CE, la jurisprudencia del TEDH es un instrumento muy importante para interpretar los derechos y libertades constitucionalmente garantizados, y así lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional español (STC 50/89, caso de las dilaciones en San Feliú de Llobregat, por ejemplo). Desde el punto de vista individual del caso concreto, aunque las sentencias del TEDH tienen un efecto meramente declarativo, el Tribunal Constitucional ha estimado que, constatada una lesión de derechos por el TEDH, ésta debe ser reparada en el ámbito interno (STC 245/91, caso Bultó 2).

### **3. La suspensión de los derechos fundamentales.**

En ocasiones se producen acontecimientos que perturban seriamente la convivencia pacífica y la normalidad constitucional. En tales casos resulta lógico que el propio ordenamiento prevea mecanismos de reacción para enfrentarse con la crisis creada con el fin de mantener el sistema establecido. Así surge lo que se ha denominado «derecho de excepción» .

La Constitución española regula esta materia en sus arts. 55.1 y 116, que se encuentran desarrollados por la LO 4/81, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. Las características fundamentales que poseen las situaciones de excepción, tal como han

sido reguladas en España, son las siguientes:

1º El contenido normal del derecho de excepción se concreta en dos terrenos: limitación o suspensión del ejercicio de determinados derechos fundamentales (en concreto, de libertades públicas) y modificación del esquema habitual de distribución de funciones entre los poderes del Estado. Esta modificación se traduce en un aumento de las facultades del poder ejecutivo, en especial, de los denominados poderes de policía.

Por otra parte, el mismo art. 116 de la CE introduce algunos mandatos tendentes a garantizar la regularidad del funcionamiento del esquema democrático de reparto de poder. A este respecto, y para evitar abusos del poder ejecutivo fortalecido por la declaración de una situación excepcional, se prohíbe la disolución del Congreso durante la vigencia de dicha situación. Asimismo, se establece que si se declara alguno de los estados excepcionales cuando las cámaras no estuvieran en período de sesiones, éstas quedan automáticamente convocadas. También se prevé que en caso de que se agotara el mandato del Congreso durante la vigencia de un estado de alarma, excepción o sitio, la Diputación Permanente debe asumir sus competencias. Se trata, en definitiva, y como el propio art. 116.5 de la CE establece en uno de sus incisos, de garantizar que el funcionamiento de las cámaras, «así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados».

2º El derecho de excepción debe ser estrictamente transitorio. Ello significa que sólo es aplicable mientras dure la situación de crisis que justifica su promulgación. En consecuencia, la Constitución y la LO 4/81 prevén plazos para el ejercicio de esas facultades extraordinarias.

3º La finalidad del derecho de excepción ha de consistir exclusivamente en la superación de la crisis que lo justifica de cara a la vuelta a la situación de normalidad.

4º Los poderes excepcionales no pueden ser ilimitados.

5º El uso de los poderes excepcionales ha de ser proporcional, es decir, debe adecuarse a la naturaleza e intensidad de la crisis que ha de enfrentar

6º El Derecho de excepción, como todo derecho extraordinario y limitativo de derechos, ha de ser interpretado siempre de manera restrictiva.

La regulación sobre la materia se concreta en tres escalones normativos distintos: por una

parte, la Constitución, en sus arts. 55.1 y 116, establece el marco general en el que ha de desenvolverse el derecho de excepción. Posteriormente, la LO 4/81 completa ese marco general. Por último, en cada caso es la norma que al efecto se dicte la que debe concretar cuál es el régimen jurídico aplicable, debiendo respetarse siempre ese marco global previamente fijado constitucional y legalmente como límite máximo.

a) El estado de alarma.

El estado de alarma está previsto en la LO 4/81 para cuatro supuestos diferentes: catástrofes, calamidades o desgracias públicas; crisis sanitarias; paralización de servicios públicos esenciales cuando no se puedan garantizar y, por último, situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

La declaración del estado de alarma corresponde al Gobierno, bien a iniciativa propia, bien del presidente de la Comunidad Autónoma que se viera afectada por una de las circunstancias descritas. El acuerdo debe adoptarse mediante decreto del Consejo de Ministros. El plazo máximo de duración es el de quince días; transcurrido el plazo, podrá prorrogarse el estado de alarma con autorización expresa del Congreso de los Diputados. Este puede, a su vez, establecer el alcance y condiciones de vigencia durante la prórroga.

El efecto fundamental que el estado de alarma tiene es la concentración de todo el personal de las administraciones públicas bajo la dirección de una sola autoridad: el Gobierno o el presidente de la comunidad autónoma por delegación de aquél. Desde el punto de vista del ejercicio de los derechos fundamentales, las limitaciones que pueden establecerse son las siguientes: limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos a determinadas horas y lugares, o condicionarla al cumplimiento de requisitos; requisar temporalmente ciertos bienes; imponer prestaciones personales; intervenir y ocupar transitoriamente cualquier local, excepción hecha de los domicilios privados: fábricas, talleres, empresas, etc...; limitar o racionar el uso de servicios y el consumo de artículos de primera necesidad; dar órdenes para garantizar que no exista desabastecimiento de productos y, por último, intervenir empresas o servicios, así como movilizar a su personal de cara a garantizar los servicios públicos esenciales y el abastecimiento de productos.

b) El estado de excepción

El art. 13 de la LO 4/81 no tasa los supuestos en que puede decretarse el estado de excepción, limitándose a exigir que exista una grave alteración del orden público sin que sea posible restablecer y mantener éste mediante el ejercicio de potestades ordinarias. No obstante, a título de ejemplo sí cita algunos supuestos: graves alteraciones del libre ejercicio de derechos y libertades, anormal funcionamiento de las instituciones democráticas o de los servicios esenciales de la comunidad.

La iniciativa para decretar el estado de excepción corresponde al Gobierno, que deberá solicitar autorización al Congreso. En dicha solicitud han de figurar los efectos (limitados siempre por el art. 55 de la CE), medidas a adoptar, ámbito territorial y temporal y cuantía máxima de las sanciones que puedan imponerse. El Congreso puede introducir modificaciones para otorgar la autorización. Obtenida ésta, el estado de excepción se declara mediante decreto aprobado por el Consejo de Ministros. Cualquier modificación que quiera introducirse ha de seguir el mismo procedimiento.

El plazo máximo de vigencia del estado de excepción es de treinta días, prorrogables por otros treinta.

Por lo que se refiere a sus efectos, el estado de excepción puede implicar la suspensión de los siguientes derechos:

- Las garantías de la libertad y seguridad personal reguladas en el art. 17 de la CE.
- La inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones -art. 18.2 y 3 CE.
- Las libertades de residencia y circulación interior y exterior -19 CE.
- Las libertades de expresión y de información, así como la prohibición del secuestro de medios de información -art. 20.1 d y e, y 5 CE.
- Los derechos de reunión y manifestación -art. 21 CE.
- Los derechos de huelga y conflicto colectivo -28.2 y 37.2 CE.

c) El estado de sitio.

La finalidad del estado de sitio es reaccionar frente a crisis que implican un atentado directo contra la identidad misma del Estado y de su ordenamiento. El art. 32.1 de la LO 4/81 establece la posibilidad de decretar el estado de sitio «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia

de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios».

El estado de sitio lo declara el Congreso de los Diputados por mayoría absoluta de sus miembros a propuesta del Gobierno (art. 116.4 CE). En la declaración ha de fijarse el alcance temporal, territorial y material de la declaración. Puede durar tanto como exija la situación de crisis, debiendo, en todo caso, respetarse los plazos fijados en la propia declaración, de manera que si expiran ha de renovarse ésta. Si las circunstancias que motivaron la declaración desaparecen antes de transcurrido el plazo de vigencia inicial o renovado, la Cámara puede levantar la declaración del estado de sitio.

Las medidas que pueden adoptarse en la declaración del estado de sitio en relación con los derechos fundamentales son las mismas previstas para los estados de alarma y de excepción; sólo se añade la posibilidad de suspender las garantías del detenido previstas por el art. 17.3 de la CE: información de derechos y razones de la detención, y asistencia letrada durante las diligencias policiales y judiciales.

#### **4. Principios rectores de la política social y económica.**

Los principios rectores de la política social y económica se regulan en el capítulo III del título I de la CE. Los principios se anulan con el estado social proclamado en el art. 1.1 de la CE y con el valor y principio de igualdad, en sentido de igualdad material, real y efectiva, del art. 11. Con esta finalidad, se incorporan en el contenido de los principios rectores normas de diferente contenido: cláusulas económicas, derechos de prestación, mandatos al legislador y declaraciones.

La protección de estos principios o derechos sociales es de menor grado que la analizada para los derechos y libertades individuales. En efecto, el art. 53.3 CE dispone:

“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Por lo tanto, no son derechos subjetivos directamente alegables ante los tribunales, no tienen el amparo judicial especial, no están reservados a ley orgánica, ni existe un “contenido esencial” que el legislador deba cumplir. Al contrario, sólo pueden ser alegados



en la medida del desarrollo legislativo que se realice, y dicho desarrollo puede ser tanto estatal como autonómico, en función del reparto constitucional de competencias de los arts. 148 y 149 CE.

La eficacia de los principios rectores es la siguiente: por un lado, vinculan al legislador obligándole a su desarrollo, respeto y protección, si bien el margen de configuración es amplísimo, por la ausencia de esos “contenido esencial”. Por otro, informan la actuación los otros poderes públicos: Gobierno y Administración en sus potestades normativas y ejecutivas. Por último, informan la práctica judicial, de forma que los jueces y tribunales interpretarán las leyes y reglamentos según, también estos principios rectores (art. 5.1 LOPJ transcrito más arriba); y también pueden servir de parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes por el Tribunal Constitucional.

Resta, por tanto, enumerar los principios rectores, a cuyo efecto se agrupan en las siguientes categorías:

- a) Principios que se enuncian como derechos: protección de la salud, acceso a la cultura, a disfrutar de un medio ambiente adecuado, a disfrutar de una vivienda digna u adecuada, derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y su retorno; y también deberes, como la asistencia de los padres para con los hijos, de conservación del medio ambiente, protección del patrimonio histórico-cultural (arts. 39 y 42 al 47); derecho a la suficiencia económica mediante un sistema de pensiones a favor de las personas de la tercera edad (art. 50); derecho a la defensa de los consumidores (art. 51); derechos, los anteriores, que también determinan la acción política de los poderes públicos.
- b) Principios que se configuran como directrices para la acción de los poderes públicos:
  - Art. 40: “1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad





e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

- Art. 39: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2 Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. (...)”.
- Art. 48: “Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”.

c) Principios configurados como prestaciones de los poderes públicos:

- Art. 41: “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres”.
- Art. 49: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”.

**VICENTE CALVO DEL CASTILLO**

INTERVENTOR-TESORERO Y SECRETARIO-INTERVENTOR DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA**

García Morillo (en colaboración) *Derecho constitucional*, 2 volúmenes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) *Temas de derecho constitucional*, Editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho constitucional*, 2 volúmenes, editorial Tecnos.

CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (Dir), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, (Las Rozas) Madrid, 2008.

## **TEMA 5**

# **LA CORONA. SUCESIÓN Y REGENCIA. LAS ATRIBUCIONES DEL REY.**

## **TEMA 5. LA CORONA. SUCESIÓN Y REGENCIA. LAS ATRIBUCIONES DEL REY.**

### **ÍNDICE**

#### **1. La Corona.**

1.1. La monarquía parlamentaria como forma política del Estado.

1.2. La sucesión en la Corona.

1.3. La regencia y la tutela del rey menor.

1.4. Las funciones del rey.

1.5. El refrendo.

### **1. LA CORONA**

#### **1.1. La monarquía parlamentaria como forma política del Estado.**

Después de definir al Estado como «social y democrático de derecho», y de proclamar que «la soberanía nacional reside en el pueblo español», el artículo 1 de la CE completa esta serie de enunciados básicos con la afirmación de que «la monarquía parlamentaria es la forma política del Estado.»

Desde una perspectiva histórica, el artículo 1.3 de la CE puede entenderse conforme a la tradición liberal genuina del constitucionalismo español, y que la expresión monarquía parlamentaria hace referencia a la articulación de los poderes constituidos, esto es, a la forma de gobierno, y no a la forma de Estado. Esta última viene, en cambio, determinada por la soberanía popular, recuperada después del franquismo en 1977 (artículo 1 de la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la reforma política) y confirmada inequívocamente en el artículo 1.2 de la CE. De hecho, el mérito histórico indiscutible del rey Juan Carlos I fue facilitar la devolución de la soberanía al pueblo y amparar la manifestación de su poder constituyente como fundamento único del nuevo orden estatal (que el rey promulgara la Constitución y no la sancionara resulta expresivo de esa exclusividad del poder constituyente popular).

No obsta a la conclusión anterior que el legislador constituyente no calificara a la monarquía parlamentaria como forma de gobierno, prefiriendo en cambio la expresión más imprecisa de « forma política del Estado». Parece claro, a la vista de los antecedentes parlamentarios, que esta terminología no encerraba una opción determinada en el plano de la teoría política, sino que se trataba más bien de una ambigüedad del lenguaje constitucional, deliberadamente buscada, para favorecer el consenso (como ocurrió en tantas otras ocasiones).

En todo caso, desde el punto de vista literal, el artículo 1.3 de la CE no es incoherente con la interpretación que aquí se sostiene, porque la forma de gobierno es una forma «del Estado» (aunque no sea la «forma de Estado»), y también es una «forma política».

## **1.2. La sucesión en la Corona.**

a) La Constitución ha establecido una forma de gobierno monárquica y hereditaria, pero no ha instaurado una nueva dinastía, sino que ha reconocido como rey al «legítimo heredero de la dinastía histórica» (artículo 57.1). El rey don Juan Carlos I es, en efecto, titular de los derechos dinásticos por renuncia de su padre, don Juan de Borbón y Battenberg, realizada el 14 de mayo de 1977. De esta forma, a la legitimidad democrática de la monarquía, dimanante de la Constitución, se ha añadido su legitimidad dinástica, fruto de la historia.

Las reglas para la sucesión en la Corona, establecidas en el propio artículo 57.1, son reproducción, prácticamente literal, de las que han existido en las anteriores Constituciones, desde la de 1812 hasta la de 1876, y tienen su origen último en 1265, en la Ley de Partidas (II,15,2) de Alfonso X.

Se basa este orden sucesorio en los principios de primogenitura y representación, que definen la preferencia del primer nacido de los descendientes del rey y, subsidiariamente, de los descendientes del primogénito, si éste hubiera fallecido. Estos principios se completan y se matizan con las siguientes reglas:

– La preferencia de las líneas anteriores sobre las posteriores. Debe interpretarse según el Código civil, que especifica que las personas de diferentes generaciones forman una línea

directa, si descienden unas de otras, y colateral si no descienden unas de otras, pero proceden de un tronco común (artículo 916).

– La preferencia, dentro de la misma línea, del grado más próximo sobre el más remoto significa la prioridad de las generaciones (o grados, en la terminología del artículo 915 del Código civil) anteriores sobre las más jóvenes.

– La preferencia en el mismo grado del varón sobre la mujer es una excepción al principio de igualdad jurídica de los sexos, del artículo 14 de la CE, sin más justificación que la que se deriva de la tradición. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que esta regla no impide reinar a mujeres, como lo había hecho la Ley de sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1946.

– La preferencia, en el mismo sexo, de la persona de más edad sobre la de menos, es una concreción del principio de primogenitura.

Sin embargo, no todos los familiares del rey que puedan estar incluidos, de manera más o menos próxima, en el orden de sucesión, en virtud de las reglas anteriores, forman parte de la familia real, en sentido estricto, tal y como resulta definida por el RD 2917/1981, de 27 de noviembre. Esta norma, que regula el Registro civil de la familia real, dispone que en él deben inscribirse los nacimientos, matrimonios, defunciones y cualquier otro hecho inscribible relativo «al rey de España, su augusta consorte, sus ascendientes de primer grado, sus descendientes y el príncipe heredero de la Corona» (artículo 1). Las personas inscritas en este registro civil especial incurrir en causa de inelegibilidad, conforme a lo establecido en la LOREG (artículo 6.1.a).

b) La sucesión en la Corona se produce automáticamente, en virtud de las reglas antes mencionadas. No obstante, el artículo 61 de la CE se refiere a la proclamación del rey ante las Cortes Generales y a su juramento de «desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, y respetar los derechos de los ciudadanos y de las comunidades autónomas».

La proclamación del rey no es la única intervención de las Cortes en la sucesión de la Corona. La Constitución prevé, asimismo, que las Cortes deben resolver mediante una ley

orgánica «las abdicaciones, las renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona» (artículo 57.5 de la CE).

Asimismo, hay que tener en cuenta otras facultades de las Cortes en este campo: pueden prohibir, junto con el rey, el matrimonio de aquellas personas que tengan derecho a la sucesión en el trono, quedando éstas excluidas de la sucesión, si contravinieran dicha prohibición (artículo 57.4 de la CE); y deben proveer a la sucesión en la Corona, en la forma que más convenga a los intereses de España, una vez extinguidas todas las líneas llamadas en Derecho. (artículo 57.3 de la CE), precepto que posibilita la instauración de una nueva dinastía.

Las competencias de las Cortes relativas a la sucesión en la Corona, así como las que más abajo se mencionan, en relación con la regencia y la tutela del rey menor, se ejercen en sesión conjunta de ambas Cámaras, salvo que tuvieran carácter legislativo, según lo dispone el artículo 74.1 de la CE.

c) Durante el período de vigencia de la Constitución de 1978 se ha producido la sucesión del rey don Juan Carlos I a favor de su hijo, que reina bajo el nombre de Felipe VI.

Jurídicamente, el rey don Juan Carlos I, el 2 de junio de 2014, comunicó al presidente del Gobierno su voluntad de abdicar mediante entrega de un escrito, firmado en su presencia. Ello fue seguido de la Ley orgánica 3/2014, de 18 de junio, por la que se hace efectiva la abdicación de su majestad el rey don Juan Carlos I de Borbón, donde, tras reproducir su preámbulo el referido escrito, contenía un artículo único con dos puntos: *"1. Su majestad el rey don Juan Carlos I de Borbón abdica la Corona de España. 2. La abdicación será efectiva en el momento de entrada en vigor de la presente ley orgánica."*

La ley orgánica aprobada por las Cortes fue sancionada por el rey Juan Carlos I y refrendada por el presidente del Gobierno. El acto de firma de la norma se produjo el 18 de junio, a las 18.00 horas, en el Salón de Columnas del Palacio Real de Madrid, y la publicación tuvo lugar el día 19, a las 00.00 horas, momento en que se hizo efectiva la abdicación y el príncipe de Asturias pasó a ser el nuevo rey.

A partir de ahí, Juan Carlos I ostentará la dignidad de «rey» de manera vitalicia y realizará

exclusivamente las funciones que le asigne su sucesor, proclamado rey de España con el nombre de Felipe VI el 19 de junio, en una ceremonia protocolaria en el Palacio de las Cortes.

### **1.3. La regencia y la tutela del rey menor.**

La Constitución establece también las previsiones necesarias para que la regencia se establezca en los supuestos en que el rey se halle inhabilitado para reinar, por ser menor de edad o por estar afectado por una incapacidad física o mental, que debe ser reconocida por las Cortes Generales (artículo 59 de la CE). El primer supuesto ha sido muy frecuente en la historia constitucional de España, que ha contado con períodos prolongados de regencia, durante la minoría de edad de Isabel II y de Alfonso XIII.

Las formas de establecer la regencia pueden ser de dos clases. En primer lugar, por llamamiento de la propia Constitución, que encomienda la regencia, en el caso de la minoría de edad, al padre o a la madre del rey, y en su defecto, al pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona; y en el supuesto de incapacidad reconocida por las Cortes, al príncipe heredero, si fuere mayor de edad y, si no lo fuere, al padre del rey, o a su madre y, en su defecto, al pariente mayor de edad más próximo en el orden de sucesión.

La segunda forma de regencia es la electiva, que ha de ser nombrada por las Cortes Generales y que tiene una función solamente subsidiaria, para el caso de que no hubiera ninguna persona llamada a ejercer la regencia conforme a las reglas anteriores. La regencia electiva puede ser individual o colectiva, comprendiendo, en este último caso, tres o cinco personas.

Cualquiera que sea la causa y la forma de la regencia, ésta se ejerce con los mismos poderes que al rey encomienda la Constitución. Sin embargo, la regencia sólo sule interinamente al titular de la Corona y no le sustituye; por consiguiente, el artículo 59.5 de la CE exige que la regencia se ejerza en nombre del rey, y el RD 1368/1987 dispone que quienes ejerzan la regencia tendrán el tratamiento de alteza y no el de majestad. Por la misma razón, la regencia debe concluir siempre al cesar la incapacidad del rey para reinar.



La Constitución ha separado también la función pública de la regencia de la función privada que consiste en la tutela del rey menor (artículo 60). La forma prioritaria de designación del tutor es la testamentaria, existiendo diversidad de opiniones acerca de si este acto del rey está o no exento de refrendo. En defecto del nombramiento testamentario, la Constitución designa tutor al padre o a la madre del rey menor, mientras permanezcan viudos. Subsidiariamente la designación corresponderá a las Cortes, con la restricción de no poder acumularse los cargos de tutor y de regente más que en los progenitores o ascendientes directos del rey.

#### **1.4. Las funciones del rey.**

El artículo 56.1 de la CE es la norma de cabecera de todas las relativas al rey. Define su posición constitucional y sus funciones, y lo hace de una manera muy expresiva, que paradójicamente parece inspirada en la Constitución italiana de 1947 y en la Constitución francesa de 1958, con las que comparte la orientación de atribuir al jefe del Estado unas funciones distintas de la tradicional función ejecutiva. No obstante, la interpretación del artículo 56.1 de la CE no puede realizarse miméticamente, pasando por alto la singularidad de nuestra forma de gobierno.

- a) Que la Constitución se refiera al rey como jefe del Estado significa, ante todo, que es un órgano estatal. Por consiguiente, es uno de los órganos constitucionales del Estado.
- b) Además de jefe del Estado, el artículo 56.1 de la CE afirma que el rey es «símbolo de su unidad y permanencia».
- c) Del rey dice también el artículo 56.1 de la CE que «arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones», lo que comporta, en primer término, una exigencia de neutralidad política, sin la cual la moderación y el arbitraje de la Corona se desnaturalizarían.

Existe amplio consenso doctrinal en interpretar que la función moderadora, referida en el artículo 56.1, consiste en la magistratura de influencia que al monarca corresponde ejercer en relación con el Gobierno, y que se concreta en los derechos del rey a ser consultado, a animar y a advertir, según la conocida fórmula oriunda del constitucionalismo inglés.

El derecho del rey «a ser informado de los asuntos de Estado» está reconocido expresamente en el artículo 62.g de la CE, y el modo de hacerlo efectivo consiste, en primer término, en su facultad, utilizada con significativa periodicidad, de «presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del presidente del Gobierno». Pero ese derecho del rey a ser informado por el Gobierno se concreta también en otros procedimientos, como el despacho que regularmente mantiene con el presidente del Gobierno y también con los ministros (en particular, con los de Exteriores y Defensa). También debe mencionarse en este contexto la previsión del artículo 13 del RD 434/1988, de 6 de mayo, que dispone que los departamentos de la Administración del Estado proporcionarán a la Casa de S.M. el Rey «los informes, dictámenes y asesoramientos de cualquier naturaleza que la Casa solicite».

Los otros derechos característicos de esta magistratura de influencia (el de estimular y advertir) convierten al rey en consejero del Gobierno, en su consejero supremo, aunque este aspecto de su actividad debe estar en todo momento protegido por la reserva, para que la *auctoritas* del monarca pueda ejercerse sin menoscabo de la *potestas* del Gobierno.

La principal facultad de significado arbitral que la Constitución confía al rey es la de proponer candidato a presidente del Gobierno (artículo 62.d). Mejor dicho, esta facultad tendrá ese significado arbitral cuando falte un partido o una coalición mayoritarios en el Congreso de los Diputados. Entonces, pero sólo entonces, esa facultad implicará que el rey tiene que escoger la solución más apropiada para formar el Gobierno, ejerciendo una responsabilidad que es característica de los jefes de Estado en los regímenes parlamentarios. Pero este arbitraje del monarca no está previsto para hacer prevalecer la preferencia política del rey sino la del Congreso de los Diputados, más concretamente la preferencia de la mayoría simple de los diputados, como lo demuestra la arquitectura del artículo 99 de la CE.

Por lo que se refiere al poder de disolución de las Cortes Generales, hay que distinguir el supuesto de disolución funcional, a que hace referencia el artículo 99.5 de la CE, y el de disolución gubernamental previsto en el artículo 115.1 de la CE. El primero se encuadra en la función arbitral o, al menos, es consecuencia de ella, por su estrecha vinculación con el

poder de proponer candidato a presidente del Gobierno. En efecto, si el Congreso no acepta ninguno de los candidatos propuestos, el rey debe decretar la disolución, una vez pasados dos meses desde la primera votación de investidura.

En cambio, literalmente, no parece que el artículo 115 de la CE sea instrumental para el arbitraje del jefe del Estado, porque la disolución tiene que ser propuesta por el presidente del Gobierno y porque la redacción de este artículo da la impresión de pretender limitar (o suprimir) la discrecionalidad del rey y considerarle vinculado por dicha propuesta al decir, mediante un tiempo futuro que puede indicar imperatividad, «que (la disolución) será decretada por el rey».

Por último, se ha señalado que la función arbitral del artículo 56.1 de la CE también puede ejercerse mediante mensajes públicos del rey, que aunque no están expresamente contemplados en la Constitución, sin duda lo están implícitamente, porque el jefe del Estado debe expresarse con ocasión del ejercicio de sus funciones, y hay que interpretar que es titular de un «poder de exteriorización» (según lo denomina la doctrina italiana), que es inherente a todos los sujetos públicos. No obstante, hay que reconocer que si las instituciones funcionan regularmente, no será precisa la intervención arbitral del rey y que, consiguientemente, será excepcional que sus discursos o mensajes tengan ese significado. En la mayor parte de los casos, por el contrario, aquellos estarán relacionados con otras funciones del jefe del Estado, como la simbólica, la ceremonial o la internacional.

d) El artículo 56.1 de la CE atribuye también al rey «la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica». Se trata de dos competencias que tienen distinta naturaleza: jurídica la primera; política y simbólica la segunda. En efecto, que el rey sea el principal representante internacional del Estado se corresponde con un criterio general del derecho internacional, que se concreta en la Constitución mediante los siguientes poderes del monarca: el de legación activa y pasiva (artículo 63.1 de la CE), el de manifestar el consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados (artículo 63.2 de la CE) y el de declarar la guerra y hacer la paz (artículo 63.3 de la CE). Poderes que no están al servicio de una política exterior del rey, sino de la política exterior del Estado, que el

Gobierno debe dirigir, conforme al artículo 97 de la CE, y el Parlamento autorizar, en el caso de los principales tratados y de la declaración de guerra (artículos 63 y 94 de la CE).

e) Finalmente, hay que hacer referencia a la función del rey como garante de la Constitución, que se refleja en la fórmula del juramento que debe prestar al ser proclamado ante las Cortes Generales de «guardar y hacer guardar la Constitución» (artículo 61.1 de la CE). Esta función tiene dos significados complementarios.

Por un lado, es una consecuencia de la vinculación de los poderes públicos a la Constitución, que proclama al artículo 9.1 de la CE y de la cual el jefe del Estado no está exceptuado. La exención de responsabilidad que le reconoce el artículo 56.3 de la CE tiene, desde luego, otro alcance, que consiste en limitar las consecuencias de los comportamientos antijurídicos del primer magistrado, pero no supone considerarlo *legibus solutus*. Además, el principio de sujeción de los poderes públicos a la Constitución tiene en este caso una relevancia garantista especial, porque al rey le compete realizar los principales actos de Estado, culminando, en cada caso, el procedimiento constitucional correspondiente (el legislativo, el de convocatoria del referéndum, el de celebración de tratados, etc). Por consiguiente, al rey, como órgano final del procedimiento constitucional, le corresponde garantizar la regularidad formal del mismo e impedir los actos que lo vulneren, al menos en sus aspectos esenciales (por ejemplo, una ley que no hubiera sido sometida a votación en una de las dos Cámaras, la convocatoria de un referéndum sin la autorización del Congreso o la proclamación de un Estado de excepción sin ese mismo requisito).

Esto no supone considerar al rey como tutor de la regularidad formal de los actos o de las normas en todos sus detalles, ni mucho menos como órgano encargado del control preventivo de la legalidad o de la constitucionalidad de su contenido, que son tareas de la jurisdicción (ordinaria o constitucional) competente. Pero la función de garantía de la Constitución por el jefe del Estado, así delimitada, no deja de ser capital, porque permite impedir que los atentados más graves contra la Constitución puedan beneficiarse siquiera de apariencia jurídica.

Además, el rey viene configurado como garante de la Constitución por su posición en

relación con las Fuerzas Armadas, que tienen encomendada en el artículo 8 de la CE la defensa del ordenamiento constitucional. Es evidente que esta misión no está confiada a las Fuerzas Armadas como institución autónoma, sino como organización estatal, dependiente y subordinada a los órganos constitucionales. Por consiguiente, la utilización de las fuerzas militares para la defensa política de la Constitución deberá realizarse bajo la autoridad del Gobierno, a quien corresponde dirigirlas, y del rey, a quien compete su mando supremo, conforme al artículo 62.h de la CE.

### **1.5. El refrendo.**

a) La necesidad de que los actos del rey sean siempre refrendados, es decir autorizados o confirmados por otro órgano constitucional, normalmente el presidente del Gobierno o los ministros, es una regla tradicional del constitucionalismo, que trae causa de la exención de responsabilidad del jefe del Estado en las monarquías. Dicha exención significaría en realidad un privilegio incongruente con la naturaleza del constitucionalismo, que exige una forma de gobierno limitada y responsable, si no estuviera compensada por la regla que imputa la responsabilidad de lo actuado a los sujetos que cooperan con el rey. «De los actos del rey serán responsables las personas que lo refrenden», afirma, en efecto, el artículo 64.2 de la CE.

La responsabilidad del refrendante se extiende tanto a la regularidad formal del acto como a su contenido. En otras palabras, el refrendo acredita la legalidad de la actuación del jefe del Estado y también su oportunidad. Sin embargo, la responsabilidad del refrendante no puede extenderse a este último aspecto en aquellos casos en que el acto del rey culmina en un procedimiento en el cual el refrendante no ha participado, como ocurre por ejemplo, con los nombramientos de aquellos vocales del Consejo General del Poder Judicial o magistrados del Tribunal Constitucional que corresponde proponer a las Cámaras. En estos casos, el refrendo por el presidente del Gobierno sólo certifica la legalidad del nombramiento, pero no la justificación de la elección realizada.

b) Objeto del refrendo son los actos que el rey realiza como titular de la Jefatura del Estado, exceptuándose, por consiguiente, los correspondientes a su vida privada, como son, por ejemplo, los actos relativos a la administración de su propio patrimonio. Fuera de

ese ámbito privado, el refrendo es siempre exigible, sin más salvedad que los actos que el rey realice para la distribución de la cantidad global que anualmente recibe de los Presupuestos del Estado para el sostenimiento de su familia y Casa (artículo 65.1 de la CE) y para el nombramiento de los miembros civiles y militares de su Casa (artículo 56.3 y 65.2 de la CE).

c) La forma típica del refrendo es la contrafirma de los actos del jefe del Estado por parte del refrendante, pero ésta no es la única forma posible, sino que hay también otras, como el refrendo tácito y el refrendo presunto. El primero consiste en la presencia de los ministros junto al jefe de Estado en sus actividades oficiales (ceremonias, discursos, viajes y entrevistas), que implica la correspondiente asunción de responsabilidad. Lo segundo es una presunción general de que el Gobierno cubre con su responsabilidad la actuación del jefe del Estado, a no ser que dimita en discrepancia con ella.

d) Por lo que se refiere a la titularidad del poder de refrendo, hay que tener en cuenta que el artículo 64.1 de la CE se la atribuye al presidente del Gobierno, a los ministros y al Presidente del Congreso de los Diputados. El poder de los ministros viene limitado por su respectiva competencia, de tal manera que les corresponderá refrendar los reales decretos que cada uno haya propuesto al Consejo de Ministros. El refrendo del presidente del Congreso sólo es posible en los casos expresamente previstos en el artículo 99 de la CE, es decir, la propuesta de candidato y el nombramiento del presidente del Gobierno y la disolución de las Cortes Generales si ningún candidato hubiera sido investido, pasados dos meses desde la primera votación de investidura.

Sin embargo, en 1982 se admitió también su competencia para refrendar el cese del presidente del Gobierno, criterio que la práctica posterior no ha confirmado.

En todo caso, hay que interpretar que la enumeración del artículo 64.1 de la CE es exhaustiva y, por consiguiente, ni cabe la delegación del refrendo en otros órganos, ni pueden otras normas de inferior rango añadir nuevos titulares de esta potestad. Así lo interpretó el Tribunal Constitucional en dos sentencias (STC 5/1987 y STC 8/1987), sobre el nombramiento del presidente del Gobierno vasco, mediante las cuales declaró que era inconstitucional el precepto de una ley autonómica que atribuía al presidente del

Parlamento vasco la facultad de refrendar el nombramiento del *lehendakari* y confirmó que dicha competencia correspondía al presidente del Gobierno.

e) La naturaleza jurídica del refrendo resulta claramente definida en el artículo 56.3 de la CE. Se trata de una condición para la validez de los actos del rey y su ausencia determina, por consiguiente, la nulidad de dichos actos.

**VICENTE CALVO DEL CASTILLO**

Interventor-tesorero y secretario-interventor de la Administración local

**Revisado por SANTIAGO VALENCIA VILA**

Letrado de la Xunta de Galicia

## **BIBLIOGRAFÍA**

M. Satrústegui (en colaboración) *Derecho Constitucional*, 2 volúmenes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) *Temas de Derecho Constitucional*, editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho Constitucional*, 2 volúmenes, editorial Tecnos.

## **TEMA 6**

**LAS CORTES GENERALES. EL CONGRESO DE  
LOS DIPUTADOS Y EL SENADO. COMPOSICIÓN  
Y FUNCIONES. EL CONTROL PARLAMENTARIO  
DEL GOBIERNO EN ESPAÑA.**



## **TEMA 6. LAS CORTES GENERALES. EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y EL SENADO. - COMPOSICIÓN Y FUNCIONES. - EL CONTROL PARLAMENTARIO DEL GOBIERNO EN ESPAÑA.**

### **ÍNDICE**

#### **1. Las Cortes Generales.**

##### **1.1 El Congreso de los Diputados y el Senado**

##### **1.2 Composición y funciones**

##### **1.3 Funciones de las Cortes Generales. La función de control del Gobierno**

### **1. LAS CORTES GENERALES.**

#### **1.1 El Congreso de los Diputados y el Senado.**

La Constitución ha querido dejar claro desde el primer momento (Preámbulo y artículo 1.2) que la soberanía reside en un sólo titular: el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado. Esta tajante afirmación democrática de principio sitúa nuestro texto constitucional en el ámbito de las constituciones democráticas de su época y cierra cualquier debate sobre la existencia de otros titulares de la soberanía, y así lo afirma el Tribunal Constitucional en sentencias como la 31/2010, de 28 de junio, sobre el artículo 8 del Estatuto de Cataluña. Lo que sucede es que el pueblo español (artículo 1.2) o la nación española (artículo 2), siendo realidades ciertas, no son, sin embargo, realidades continuamente operativas. De ahí que todas las democracias hayan optado, aunque no necesariamente de manera excluyente, por la fórmula de la democracia representativa.

El sistema bicameral instaurado en nuestra Constitución no es un sistema de bicameralismo equilibrado o perfecto, sino lo que la doctrina denomina un bicameralismo imperfecto, atenuado o desequilibrado. Y esto es así porque una de las dos Cámaras, el Congreso de los Diputados, tiene atribuciones o facultades claramente superiores a las que se otorgan al Senado. Como muestra, basta señalar que:

1. La confianza al presidente del Gobierno la atribuye el Congreso de los Diputados (artículo 99).
2. Que es quien también puede cesarlo mediante una moción de censura (artículo

113).

3. Y que la última palabra en el procedimiento legislativo, con escasas excepciones, la tiene también el Congreso de los Diputados (artículo 90).

Esta realidad palmaria evidente y, por tanto, indiscutible, no debe hacer olvidar el carácter bicameral de las Cortes Generales, y que es a estas a las que el artículo 66.2 atribuye determinadas potestades, y no a cada Cámara por separado.

## **1.2 Composición y funciones**

El artículo 68 recoge los elementos esenciales de la estructura y el sistema electoral que rigen el Congreso de los Diputados. Se trata de un precepto de la máxima importancia por cuanto viene a configurar, por lo menos en sus aspectos clave, una de las dos Cámaras legislativas que componen las Cortes Generales, tal y como señala el artículo 66.1.

En su primer inciso regula la composición del Congreso de los Diputados. Esta regulación no ofrece una solución cerrada y definitiva, sino que el Constituyente opta por fijar un margen que se sitúa por abajo en los trescientos escaños y por arriba en los cuatrocientos. De este modo puede afirmarse con facilidad que todo aquello que se mueva en estos márgenes es plenamente constitucional y, en cambio, incidirá en contradicción cuando la solución exceda, por arriba o por abajo, lo indicado en el artículo 68.1.

El artículo 162.1 de la LOREG señala que el “Congreso está formado por trescientos cincuenta diputados” y ya aparecía en el Real decreto ley de 15 de marzo de 1977, que reguló los primeros procesos electorales hasta la aprobación de la LOREG en el año 1985.

El artículo 68.1 se ocupa también de indicar las características constitucionales de carácter esencial que deben ser predicables del sufragio emitido para el Congreso de los Diputados.

Así:

- a. El sufragio ha de ser universal.
- b. El sufragio ha de ser libre.
- c. El sufragio ha de ser directo.
- d. El sufragio ha de ser secreto.

El artículo 68.2 viene a prefijar los criterios básicos de reparto de los trescientos cincuenta diputados. Y lo hace fijando la circunscripción, sentando unos parámetros que se deben aplicar y determinando que, en todo caso, a Ceuta y Melilla les corresponde un diputado a cada una.

Entendemos por circunscripción electoral aquel colegio de electores que tiene asignado uno o varios escaños para su adjudicación entre un cuerpo de candidatos determinado. Veremos que la opción constitucional trata de compatibilizar por lo menos dos criterios no siempre fácilmente aunables.

- En primer lugar, y en una Cámara como el Congreso de los Diputados, debe existir una representación de carácter poblacional mínimamente adecuada. Esto es, no pueden escoger cien mil electores diez diputados y tres millones otros diez. Es cierta la existencia de una cierta proporcionalidad entre electores y escaños.
- Pero tampoco hay que olvidar que, aunque los diputados (véase artículo 67) representen a todo el pueblo español, existe una suerte de “representación territorial” que, aunque sólo sea por la cercanía a los electores, exige cierta base territorial del substrato electivo.

La Constitución defiere a la ley electoral el reparto de escaños entre las circunscripciones provinciales, pero lo hace fijando criterios. Cada circunscripción deberá tener una “representación mínima inicial” y los demás escaños se distribuirán “en proporción a la población”. Con esta fórmula parece evidente que el reparto de los 348 escaños será tanto más “proporcional” o “poblacional” cuanto menor sea el número inicial común a todas las circunscripciones, y tanto más “territorial” cuanto mayor sea ese número.

La fórmula aparece contenida en el artículo 162.2 y 3 de la LOREG, que fija en dos diputados el número mínimo inicial y distribuye los restantes según un procedimiento proporcional con sistema de mayores restos. Esta fórmula lleva consigo que la solución no es única y cerrada una vez y para siempre. Por el contrario, en cada elección, señala el artículo 162.4 de la LOREG que “el decreto de convocatoria debe especificar el número de diputados que se van a elegir en cada circunscripción, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo”. Es decir, en cada proceso electoral se tendrán en cuenta las variaciones de

población habidas de conformidad con el censo oficial de población. En la práctica, la horquilla oscila entre tres diputados elegidos en las provincias de menor población y los treinta y cuatro que elige la provincia más poblada, en este caso Madrid.

La Constitución, en el artículo 68, señala un plazo para el mandato del Congreso, tanto colectiva como individualmente. La duración de una legislatura es un elemento político de primer nivel que incide directamente en la propia importancia de la Cámara.

La determinación del mandato representativo exige distinguir entre la relación representativa y la función representativa.

- La primera, al estar directamente vinculada a la elección que le sirve de base, puede darse por iniciada desde que el diputado es elegido, esto es, desde el propio día de la elección. De ahí que este sea el momento inicial que adopta la Constitución para iniciar el cómputo de los cuatro años que dura el mandato (“cuatro años después de su elección...”).
- Otra cosa es que, para poder ejercer con propiedad la función representativa, el Reglamento del Congreso exija el cumplimiento de una serie de requisitos cuya satisfacción da lugar a la adquisición de la condición plena de diputado (artículo 20.1 del RCD). Por eso, si bien el Reglamento precisa que “los derechos y prerrogativas serán efectivos desde el momento mismo en que el diputado sea proclamado electo”, el disfrute de estos quedará suspendido cuando el diputado no satisfaga los requisitos, transcurridas tres sesiones plenarias desde que hubiese conseguido la condición de electo (artículo 20.2 del RCD).

El fin del mandato parlamentario, además de por causas diversas (fallecimiento, sentencia firme que así lo establezca, renuncia, etc.) sobreviene automáticamente transcurridos cuatro años desde la elección (caducidad ordinaria) o cuando se disuelva la Cámara (extinción anticipada). Como se verá más adelante, la convocatoria de elecciones no supone automáticamente la extinción del mandato, que sólo se producirá si media, efectivamente, una disolución.

En todo caso, conviene recordar aquí que, como consecuencia de lo previsto en el artículo 78.3 de la CE, la extinción del mandato no afecta a los miembros de la Diputación

Permanente (tanto titulares como suplentes), que retendrán el mandato y sus funciones hasta la constitución del Congreso de los Diputados que resulte de las elecciones. Esta decisión es lógica si se tiene en cuenta que es la propia Diputación Permanente la que garantiza la continuidad de la institución parlamentaria.

El artículo 68.5 contiene una especificación para el Congreso de los Diputados del derecho de sufragio contenido en términos generales en el artículo 23 de la Constitución. Este precepto, que no tiene paralelo en la regulación que para el Senado efectúa el artículo 69, es superfluo y extravagante, por lo menos en su situación constitucional. No parece que existan razones poderosas para que dentro del artículo 68 se sitúe un precepto que encontraría mejor acomodo en el citado artículo 23 y que, en todo caso, aparece también contemplado, en cuanto a su supuesto de hecho, en el artículo 13.2.

Es preciso destacar también que el propio Tribunal Constitucional, en su STC 26/1990, dejó clara la distinción entre el elector y el votante. Así, el artículo 68.5 se refiere a la capacidad y no a su ejercicio. Se puede ser elector y no votante, pero siempre habrá que ser elector para ser votante. Como señala el Alto Tribunal, el concepto de “electores” se entiende “referido a los inscritos en el censo con capacidad para votar” (STC/1990). En las elecciones a Cortes Generales pueden votar todos los españoles mayores de edad inscritos en el censo electoral (tanto residentes en España como residentes en el extranjero).

La otra cara de la moneda del principio de temporalidad del poder antes indicado es el principio de continuidad y permanencia de la institución legislativa. Que periódicamente haya que acudir al titular del poder para que este elija a sus representantes no quiere decir que haya que facilitar la ausencia del poder legislativo del escenario político y constitucional. A este problema se le da respuesta a través de la Diputación Permanente.

El Constituyente, al diseñar el modelo parlamentario en nuestra Constitución, optó por articular un sistema bicameral. En todo caso, queda claro que los autores de la Constitución se sintieron obligados a justificar la opción por el bicameralismo y lo hicieron buscando una explicación o fundamentación específica para el Senado.

A nuestro bicameralismo se optó por darle una fundamentación territorial, aprovechando el nuevo modelo de ordenación política que en ese ámbito abrían tanto el artículo 2 como

el propio título VIII. De ahí la célebre expresión según la cual “el Senado es la Cámara de representación territorial”.

En 1978 el modelo territorial español no dejaba de ser un embrión en desarrollo que podría haber tomado variables muy distintas, todas ellas perfectamente constitucionales. Por no haber no había ni un mapa autonómico diseñado en la Constitución, que prefirió optar por el principio dispositivo. De ahí que fuese difícil descubrir el significado de la representación territorial en 1978.

Por otra parte, conviene recordar que el artículo 137 de la Constitución señala, por lo menos, tres ámbitos o niveles en los que se distribuye el poder territorialmente, y de todos ellos predica la autonomía. Municipio, provincia y comunidad autónoma serían así, por lo menos en teoría, susceptibles de entenderse al amparo de la expresión “representación territorial”. Lo que es más, la base electoral fundamental del Senado sigue siendo la provincia.

Es decir, aunque pueda haber una idea general (y, por lo tanto, imprecisa) sobre la vinculación entre representación territorial y comunidades autónomas, ni la Constitución lo expresa con claridad ni es la única interpretación posible.

Afirmada la oscuridad del concepto, se puede establecer otra vía de aproximación. Si el Senado es la Cámara de representación territorial, eso podría derivarse de la gran cantidad de competencias que a este respecto le atribuye la propia Constitución.

Según Alba Navarro, será necesario determinar qué competencias atribuidas por la Constitución al Senado justifican dicha afirmación. Podemos pensar en las siguientes:

1. La atribución al Senado de autorizar medidas extremas contra una comunidad autónoma que incumpla sus deberes constitucionales (artículo 155), que es llamativa.
2. El procedimiento de los convenios de prestación y gestión de servicios propios de las comunidades autónomas (145.2) o el relativo al Fondo de Compensación Interterritorial (158.2), que comienzan en el Senado.

El artículo 69.2 señala que en cada provincia se elegirán cuatro senadores. Lógicamente, hay que interpretar este precepto en relación con los demás apartados del artículo y, por

lo tanto, hay que entender que cuando se habla de provincias la Constitución se refiere exclusivamente a las provincias no insulares.

La opción por la provincia como circunscripción electoral denota, como se ha indicado anteriormente, una falta de criterio claro sobre el alcance territorial de la representación. Eso es tanto más notorio cuanto que los senadores elegidos con base provincial o insular representan aproximadamente cuatro quintas partes del total del Senado.

Hecha la abstracción de las características del sufragio (universal, libre, igual, directo y secreto), que se pueden ver en el comentario del artículo 68, hay que señalar que el factor territorial se podría percibir en el hecho de que cada provincia elige el mismo número de senadores independientemente de su población.

Las circunscripciones insulares son otra muestra del “carácter territorial” que a la representación se quiere ofrecer en el Senado y que está impreso en el artículo 69.3. Este precepto parte de la realidad insular como un “hecho diferencial”, que justifica un trato específico en forma de circunscripción específica.

A estos efectos, y frente al carácter homogéneo de las provincias peninsulares, que eligen cuatro senadores independientemente de su población o extensión, las tres provincias archipelágicas aparecen fragmentadas en circunscripciones insulares o de agrupación de islas. Así:

- las tres islas mayores —Gran Canaria, Mallorca y Tenerife— eligen tres senadores cada una,
- y las restantes islas o agrupaciones de islas, uno.

Las circunscripciones de Ceuta y Melilla reciben un tratamiento concreto de la Constitución.

El Constituyente ha querido realizar una regulación expresa de la realidad específica que representa que Ceuta y Melilla sean parte del territorio español. Estas ciudades con estatuto de autonomía (estatuto que aún no existía, lógicamente, cuando se aprueba la Constitución), obtienen así una reafirmación de su españolidad y una representación más que proporcional a lo que significa su población. Quizás sea este otro de los elementos de la llamada “representación territorial”.

Respecto a los senadores designados por las comunidades autónomas, podemos destacar varios aspectos de interés:

1. La primera cuestión interesante que hay que analizar es la relación representativa que aportan estos senadores. En efecto, dado que su designación proviene de la asamblea de la comunidad autónoma, en varias ocasiones se ha planteado el fundamento de la relación representativa que subyace a este mandato. Frente a la elección directa descrita con anterioridad, los senadores son designados por un órgano de la comunidad autónoma: el Parlamento o Asamblea. De ahí que en varias credenciales aportadas por senadores designados se afirme que lo son en representación de una comunidad autónoma. Sin que eso deje de ser cierto, no lo es menos que los designados lo son por ser miembros de un determinado grupo político o, por lo menos, por ser propuestos por uno de ellos. De hecho, una vez que los senadores designados se incorporan al Senado, no existen diferencias sustanciales con los senadores electos y aquellos pasan a formar parte de los grupos parlamentarios constituidos en torno a las fuerzas políticas de diverso signo. Por otra parte, conviene recordar que la significación numérica de estos senadores no es muy elevada si tenemos en cuenta que representan más o menos una quinta parte de la Cámara. Sí es cierto, sin embargo, que determinados preceptos del Reglamento del Senado (por ejemplo, el artículo 56 bis 1 del RS) les atribuyen una posición específica en orden a la participación en determinados órganos (por ejemplo, la Comisión General de las Comunidades Autónomas).
2. La Constitución optó por fijar sólo los elementos básicos de la designación de estos senadores del artículo 69.5, mientras que remite la globalidad de su regulación a la normativa autonómica. Esta regulación, en algunos casos, está plenamente contenida en el respectivo estatuto y, en otros, se desarrolla a través de una ley de la comunidad autónoma. La diversidad normativa origina unas diferencias en el régimen jurídico de los senadores designados cuyo análisis exige una pormenorizada travesía por el ordenamiento autonómico. Tres son, no obstante, los elementos de carácter común garantizados en su homogeneidad por la Constitución: el número de senadores que designa cada comunidad autónoma, el



órgano que los designa y la llamada a cierto carácter proporcional en la designación.

- En cuanto al número de senadores que corresponde designar a cada comunidad autónoma, la Constitución fija un parámetro lineal y otro variable. El lineal exige que cada comunidad cuente, por lo menos, con un senador por la vía del artículo 69.5. Este senador, cuya designación es independiente de la población con que cuenta cada comunidad autónoma, sólo podrán designarlo las comunidades que tengan tal rango constitucional. Es decir, no tienen atribuida esta capacidad las ciudades con estatuto de autonomía como Ceuta y Melilla a las que antes se hacía referencia. Esta vía asegura, pues, diecisiete senadores con carácter fijo.

Además, las comunidades autónomas designan a otro senador más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. Esta variante implica que muchas comunidades que no llegan al millón de habitantes sólo designan a un senador.

Como el número de habitantes es un dato variable en función de diversas circunstancias, el artículo 165.4 de la LOREG señala que: "A efectos de dicha designación, el número concreto de senadores que corresponda a cada comunidad autónoma se determinará tomando como referencia el censo de población del derecho vigente en el momento de celebrarse las últimas elecciones generales al Senado". O lo que es lo mismo, el número de senadores del artículo 69.5 queda congelado en el momento de las elecciones al Senado independientemente de las alteraciones que se puedan producir con posterioridad en los censos de población.

Es necesario también destacar que el millón de habitantes a que se refiere el artículo 69.5 debe serlo completo. Es decir, las fracciones inferiores al millón, por altas que sean, no dan derecho a ninguna comunidad a elegir a un senador. Dada la natural variabilidad del censo de población, el Senado, a diferencia del Congreso de los Diputados, no tiene un número fijo e idéntico de miembros en cada legislatura, sino que este variará en función del criterio aquí expuesto.

- La Constitución exige que los senadores autonómicos sean designados por la asamblea legislativa o, en su defecto, por el órgano colegiado superior de la

comunidad autónoma. De hecho, en todos los casos es el Parlamento autonómico el que viene designando y acreditando a estos senadores de acuerdo con su estatuto, su reglamento y, en caso de existir, con la ley autonómica que fija el proceso de designación de los senadores. Precisamente, la posibilidad de que sean los gobiernos autonómicos y no los parlamentos los que designen a los senadores es una de las cuestiones que han sido objeto de debate como una posible reforma del Senado.

- Además de respetar el número de senadores que corresponda designar, la única limitación constitucional que se le exige a la asamblea legislativa es que respete “la adecuada representación proporcional”. Ya nos hemos referido a la maleabilidad del concepto “proporcional” aplicado a un régimen electoral. Esta dificultad conceptual se acentúa cuando se piensa que, en muchos casos, se trata de repartir dos o tres escaños solamente (claramente, la proporcionalidad es imposible cuando sólo se designa a un senador).

En varias comunidades, la legislación autonómica resolvió el problema estableciendo criterios claros y taxativos sobre las reglas que corresponde aplicar para la designación de senadores. Cuando esto no es así, surgen inevitables conflictos e interpelaciones contrapuestas sobre lo que significa la “adecuada representación proporcional”. El Tribunal Constitucional, que tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, ya señaló (STC 40/1981) que “la adecuada «representación proporcional» exigida sólo podrá serlo imperfectamente en el margen de una discrecionalidad que la haga flexible, siempre que no altere su esencia. Será preciso, en todo caso, evitar la aplicación pura y simple de un criterio mayoritario o de mínima corrección”.

Dado que la normativa es básicamente autonómica, esta puede optar con absoluta legitimidad por vincular el mandato senatorial con el propio de la asamblea autonómica o, por el contrario, desvincular ambas circunstancias. Esta opción, confirmada en cuanto a su constitucionalidad por las STC 40/1981 y 76/1989, lleva consigo que en aquellos casos en los que ambos mandatos van unidos, o por decirlo más claro, en los que el mandato autonómico es *conditio sine qua non* para acceder al mandato material, la pérdida del primero lleva consigo la pérdida del segundo. Así lo contempla expresamente la legislación

autonómica y se prevé en el artículo 18 f) del Reglamento del Senado.

En estos casos, aunque también en los demás, es el propio Parlamento el que designa quién debe hacer constar al Senado la pérdida de la condición de senador.

La flexibilidad normativa implica también la diversidad en la duración del mandato. Así, existen:

1. Casos en los que el mandato se vincula a la legislatura del Senado (caso de la Comunidad Autónoma de Galicia),
2. Y casos en los que el mandato se vincula a la legislatura autonómica (caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco).

### **1.3 Funciones de las Cortes Generales. La función de control del gobierno.**

La Constitución, una vez hecha la afirmación básica sobre el carácter representativo de las Cortes Generales, pasa, en el artículo 66.2, a determinar las funciones esenciales del Parlamento.

#### *1. Función legislativa*

No es casual que en el orden de funciones la primera sea la potestad legislativa del Estado. No en vano es clásica la equivalencia entre Parlamento y poder legislativo. Esta potestad, que se ejerce en los términos del título III de la Constitución y del Reglamento del Congreso de los Diputados y del Senado, necesita varias precisiones.

El ejercicio de la potestad legislativa está siempre sometido a la supremacía de la Constitución. De otro modo las Cortes Generales estarían ejerciendo *de facto* un poder constituyente para el cual no están habilitadas, salvo que ejerciten las competencias y procedimientos del título X de la Constitución (así lo expresa en el caso LOAPA la STC 76/1983, de 5 de agosto). Eso no impide la pluralidad de desarrollos legislativos del texto constitucional (Cf. STC 194/1989, de 16 de noviembre).

La potestad legislativa no es exclusiva de las Cortes Generales. El Gobierno puede llegar a ejercerla:

- bien por delegación de las propias Cortes (artículo 82),
- bien como consecuencia del despliegue de competencias propias (artículo 86), a

través de decretos ley.

Aun así, frente al carácter amplio de la potestad legislativa de las Cámaras, que sólo encuentra su límite en la propia Constitución, el Gobierno tiene atribuida su competencia en el marco de condiciones limitadas y sometidas, en todo caso, a una ulterior validación del Congreso de los Diputados.

## *2. Función presupuestaria*

Nuestra Constitución atribuye a las Cortes Generales la competencia de aprobar los presupuestos. Una vez superada la vieja polémica de la doctrina alemana sobre la naturaleza jurídica de las leyes de presupuestos (ley formal/ley material), es evidente que estos tienen una naturaleza claramente legislativa y tienen fuerza de ley (véase STC 63/1986, de 21 de mayo y 76/1992, de 14 de mayo). Sin embargo, tal y como esta última sentencia se ocupa de recordar, “el Parlamento aprueba los presupuestos generales que el Gobierno elabora (artículo 134.1 de la CE) en el ejercicio de una función específica desdoblada de la genérica potestad legislativa...”.

Para ello, el ejercicio de la potestad presupuestaria está sometida a requisitos y condiciones muy específicas (véase artículo 134) y su desconocimiento o tergiversación llevaría a determinar un uso ilegítimo de esta potestad (véase STC 3/2003, de 16 de enero). Si el ejercicio de esta se efectúa por las Cámaras de conformidad con los reglamentos parlamentarios, la disciplina sustancial de los presupuestos la encontramos en la Ley General Presupuestaria.

## *3. Función de control*

Controlar la acción del Gobierno es, tal y como se ha señalado, una atribución competencial directamente derivada del carácter de régimen parlamentario consagrado en nuestra Constitución (artículo 1.3). El Gobierno nace, en última instancia, de la confianza del Congreso de los Diputados (artículo 99) y debe mantener esta confianza durante el ejercicio de su función.

Esta relación de confianza no se detiene en la investidura del presidente del Gobierno, sino que permite y justifica que el Parlamento vigile y controle la acción del Ejecutivo, toda vez que este responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los

Diputados (artículo 108).

No obstante, la potestad de control no es exactamente la de determinar su responsabilidad. De hecho, mientras que esta última es del Congreso de los Diputados, tal y como se ha señalado, la función de control es de las Cortes Generales, también del Senado. Para ello, la Constitución establece en su título V una serie de mecanismos constitucionales (preguntas, interpelaciones, peticiones de información, etc.), que los reglamentos parlamentarios se han ocupado de desarrollar *in extenso*. La función de control es tan importante para el correcto desarrollo de la dinámica constitucional que, en relación con las preguntas e interpelaciones, la propia Constitución, en su artículo 111.1, ordena de manera taxativa que “para esta clase de debate, los reglamentos establecerán un tiempo mínimo semanal”.

Las preguntas y las interpelaciones permiten, como queda dicho, obtener información y explicación sobre las distintas cuestiones responsabilidad del Gobierno. Ambas están asociadas al control del Parlamento sobre el Gobierno. Son procedimientos característicos del sistema parlamentario y de claro valor democrático.

Por otro lado, las mociones son acuerdos sin carácter normativo, consistentes en la expresión de un mandato o de una aspiración de una Cámara para que el Gobierno actúe en un determinado sentido.

Se trata de una figura genérica y que, según los países, se conoce con nombres diversos: mociones, proposiciones no de ley, órdenes del día, resoluciones, recomendaciones, etcétera. En todo caso, se caracterizan por ser decisiones de una sola Cámara, que se perfeccionan por su mera adopción, sin necesidad de sanción o promulgación. No se integran ni son parte del derecho positivo. En consecuencia, carecen de la fuerza de obligar de las leyes y no pueden invocarse ante terceros.

A través de la constitucionalización de las mociones ordinarias, no se pretende establecer un canal adicional para exigir responsabilidad política al Gobierno. Sólo la aprobación de una moción de censura o la pérdida por el Gobierno de una cuestión de confianza obliga a este a dimitir (artículo 114). La simple aprobación de una moción contraria a la postura gubernamental no lleva aparejada esta sanción.

Sin embargo, la aprobación de una moción discordante con la posición del Gobierno puede dejar a este en situación desairada que lo lleve voluntariamente a dimitir, en el uso de la facultad contenida en el artículo 101.1. Esta dimisión —repetimos— nunca será obligada jurídicamente, pero podrá ser adoptada libremente por el presidente del Ejecutivo cuando estime que el resultado de la votación deja al Gabinete en una situación precaria.

El Reglamento del Congreso de los Diputados regula separadamente dos figuras:

- Las proposiciones no de ley (artículo 193-195), que no son otra cosa que mociones desligadas de toda interpelación previa,
- Y las mociones propiamente dichas, que son las presentadas como conclusión del debate de una interpelación previa (artículo 184).

Sin duda, el deseo de ser respetuosos con la previsión del artículo constitucional estudiado explica el matiz diferencial. Pero que entre las dos figuras no existe diferencia básica lo revela el que el artículo 184.3 se remite al régimen de las proposiciones no de ley para el debate y votación de las mociones.

Por su parte, el Reglamento del Senado de 1982 mantiene a favor del interpelante la facultad de presentar una moción (artículo 173.2). No estableciéndose una norma peculiar al efecto, estas mociones deben tramitarse conforme a las normas generales de este tipo de actos parlamentarios.

#### *4. Otras funciones*

Una vez perfiladas las funciones “típicas” o clásicas, el texto constitucional utiliza una fórmula prudente de cierre al señalar que corresponden a las Cortes Generales “las demás competencias que les atribuya la Constitución” (artículo 66.2).

Bajo esta determinación genérica se pueden englobar funciones importantes que la propia Constitución atribuya a las Cámaras. A manera de ejemplo y sin afán de ser exhaustivos, se pueden señalar:

- las relacionadas con la reforma constitucional (artículo 167 a 169),
- las de designación o propuesta de miembros de otros órganos constitucionales

(artículo 122.2, artículo 159) o de importancia constitucional (artículo 54);

- o todas aquellas competencias relacionadas con la Corona (artículo 57.3; 57.4; 59.2; 59.3; 60.1; 61.1; 61.2 y 61.3).

Cuestión interesante es que este cúmulo de competencias tienen que estar situadas en el ámbito de la propia Constitución. Eso implica que la autoatribución por las Cortes Generales de potestades o competencias atribuidas por la Constitución a otros órganos constitucionales no es en absoluto conforme con el texto fundamental (véase, en este sentido, la STC 76/1983, de 5 de agosto). Esta actuación significaría, a juicio del Alto Tribunal, tanto como colocarse en posición de poder constituyente alterando el reparto competencial de funciones realizado por la propia Constitución.

**XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ**

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA**

- **Las Cortes Generales ante los proyectos de ley de presupuestos generales del Estado**

Luis María Cazorla Prieto. Revista de las Cortes Generales, ISSN 0213-0130, N.º 3, 1984, pág. 51-86.

- **La esencia del régimen: el control parlamentario del Gobierno**

Manuel Sánchez de Dios. Política y sociedad, ISSN 1130-8001, N.º 20, 1995, pág. 35-52.

- **Una aproximación a los instrumentos de control parlamentario en la Constitución Española de 1978**

Carlos Hakansson Nieto. Díkaion: revista de actualidad jurídica, ISSN 0120-8942,

N.º 12, 2003.

- **La función de control en el Parlamento de Galicia**

Alan Bronfman Vargas. Santiago de Compostela: Parlamento de Galicia, 2003. ISBN 84-9750-138-1.



## **TEMA 7.**

**PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE LAS LEYES. ÓRGANOS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN: EL TRIBUNAL DE CUENTAS, EL DEFENSOR DEL PUEBLO. LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA: ESPECIAL REFERENCIA AL CONSEJO DE ESTADO.**

## **TEMA 7. PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE LAS LEYES. ÓRGANOS DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN: EL TRIBUNAL DE CUENTAS, EL DEFENSOR DEL PUEBLO. LA ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA: ESPECIAL REFERENCIA AL CONSEJO DE ESTADO.**

### Índice

1. Procedimiento de elaboración y aprobación de las leyes.
  - 1.1. El procedimiento legislativo ordinario.
  - 1.2. Procedimientos legislativos especiales.
2. Órganos de control de la Administración: el Tribunal de Cuentas.
  - 2.1. Naturaleza y funciones reguladas en el art. 136 de la CE.
  - 2.2. Organización y competencias.
  - 2.3. Las funciones del Tribunal de Cuentas.
    - 2.3.1. La función fiscalizadora.
    - 2.3.2. La función jurisdiccional.
  - 2.4. Los procedimientos fiscalizadores y jurisdiccionales
  - 2.5. Los órganos de control externo de las comunidades autónomas.
3. El Defensor del Pueblo.
  - 3.1. Naturaleza.
  - 3.2. Nombramiento y organización
  - 3.3. Funciones.
  - 3.4. Instituciones análogas de las comunidades autónomas.
4. La Administración consultiva: especial referencia al Consejo de Estado.
  - 4.1. La Administración consultiva.
  - 4.2. El Consejo de Estado.
    - 4.2.1. Naturaleza y régimen general.

#### 4.2.2. Organización.

#### 4.2.3. Competencias.

### **1. Procedimiento de elaboración y aprobación de las leyes**

Habiendo estudiado en el tema anterior las distintas formas de ejercer la iniciativa legislativa, previstas en el artículo 87 de la CE, se aborda ahora el procedimiento de elaboración y aprobación de las leyes en las Cortes españolas.

#### **1.1. El procedimiento legislativo ordinario.**

La discusión por una Cámara de un texto legal se desarrolla en varias fases, entre las que se cuentan, por lo general, la de presentación de enmienda, el estudio de las mismas por parte de una ponencia que elabora un informe y la discusión y votación de dicho informe y de las enmiendas por la comisión o el Pleno correspondiente.

Una vez aprobado el texto del proyecto o proposición de ley por el Congreso, su presidente lo remite al del Senado. Esta Cámara dispone de un plazo de dos meses — veinte días en los declarados urgentes por el Gobierno o el propio Congreso— para oponer su veto o para proponer enmiendas. En ambos casos y al igual que en el Congreso, primero tiene lugar una lectura en comisión (de la que se prescinde cuando no se han presentado enmiendas, art. 107.3 del RS) y luego otra en Pleno, debiendo desarrollarse ambas en el citado plazo constitucional de dos meses. En la definitiva lectura de Pleno, el veto necesita la mayoría absoluta de la Cámara para ser aprobado (art. 90.2 de la CE).

Si el Senado no veta ni modifica el texto enviado por el Congreso, el mismo queda ya preparado para su sometimiento a la sanción real.

Si el Senado no está conforme con el texto aprobado por el Congreso, tiene, como hemos visto, dos posibilidades, la interposición de veto o la aprobación de enmiendas modificando dicho texto.

Interposición de veto. Si el Senado interpone su veto, para lo que, como se ha dicho, necesita mayoría absoluta en la votación del Pleno, el texto vuelve al Congreso. La Cámara baja dispone entonces de una doble opción: puede superar el veto del Senado y aprobar el proyecto o proposición de ley mediante la misma mayoría absoluta exigida al Senado para oponerlo o puede, simplemente, dejar transcurrir dos meses y ratificar por mayoría

simple el texto inicial que remitió al Senado; en ambos casos el texto definitivo es idéntico al que se aprobó por el Congreso.

Aprobación de enmiendas. Si el Senado, en cambio, se ha limitado a formular enmiendas, el Congreso sólo está obligado a pronunciarse sobre las mismas, aceptándolas o rechazándolas por mayoría simple.

Una vez finalizada la tramitación parlamentaria y fijado ya, por consiguiente, el texto de la ley, debe todavía cumplir los requisitos de la sanción y la promulgación por parte del monarca y, finalmente, su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

## **1.2. Procedimientos legislativos especiales.**

Puede hablarse de dos tipos de procedimientos especiales. En primer lugar se encuentran los procedimientos legislativos especiales que la propia Constitución asocia a un determinado tipo de normas. Son los procedimientos constitucionalmente previstos para la aprobación de las leyes orgánicas, los decretos ley, la reforma constitucional, los estatutos de autonomía o su reforma y, en fin, las leyes de presupuestos. También pueden mencionarse aquí, pese a que no constituyan procedimientos legislativos, los de aprobación de tratados internacionales contemplados en los artículos 93 y 94, puesto que suponen, en definitiva, procedimientos parlamentarios para la incorporación de una norma al ordenamiento jurídico.

Por otro lado están los procedimientos especiales previstos por la Constitución o por los reglamentos de las Cámaras, de forma genérica y no asociados, en principio, a ningún tipo especial de norma ni a ninguna materia. Son variantes respecto al procedimiento legislativo ordinario antes visto y que pueden aplicarse también, en algunos casos, a los procedimientos especiales vinculados a normas específicas mencionados en el párrafo anterior. Estos procedimientos son: el procedimiento de lectura única en Pleno, el procedimiento de aprobación íntegra en comisión y el procedimiento de urgencia.

a) El procedimiento de lectura única en Pleno es de exclusiva previsión reglamentaria, ya que no está expresamente contemplado en la Constitución. Es un procedimiento destinado a proyectos o proposiciones de ley, que por su sencillez u otras razones (como pudiera ser el alto grado de consenso para su aprobación entre las fuerzas parlamentarias), aconsejen

una única lectura (debate y votación) en el Pleno de la Cámara, sin necesidad de debate y votación en comisión. El Reglamento del Congreso lo contempla en su artículo 150 y el del Senado en el 129. En ambos casos, la decisión de seguir este procedimiento corresponde al propio Pleno, a propuesta de la Mesa y oída la Junta de Portavoces.

b) En segundo lugar, también cabe que la tramitación completa tenga lugar en la comisión correspondiente, evitando el paso por el Pleno. Al contrario de lo que sucede con el procedimiento anterior, es la propia Constitución la que contempla esta posibilidad, lo que se debe a que constituye una modalidad excepcional del ejercicio por las Cortes de la potestad legislativa, ya que la atribución de esta potestad a las Cortes (art. 66.2 de la CE) ha de entenderse a las Cámaras en Pleno. Por ello, el artículo 75.2 de la CE califica la tramitación íntegra en comisión como una delegación del Pleno en las comisiones legislativas permanentes, delegación que es revocable en cualquier momento. Además, quedan excluidos de este procedimiento especial los proyectos o proposiciones que versen sobre reforma constitucional, sobre cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y los presupuestos generales del Estado (art. 75.3 de la CE).

c) Finalmente, el procedimiento de urgencia supone tan sólo un acortamiento de los plazos de las diversas fases de la tramitación. En el Congreso de los Diputados, supone la reducción a la mitad de los plazos reglamentarios (art. 94 del RC) y en el Senado sólo cuenta con veinte días naturales, en vez de dos meses, para enmendarlo o vetarlo (art. 90.3 de la CE).

## **2. El Tribunal de Cuentas.**

### **2.1. Naturaleza y funciones reguladas en el artículo 136 de la CE.**

a) La Constitución configura al Tribunal de Cuentas como “ el supremo órgano de control de las cuentas del Estado y de todo el sector público” (art. 136.1 de la CE).

El ámbito, pues, de su jurisdicción, se extiende no sólo al Estado y demás entes que lo forman, sino a las comunidades autónomas y corporaciones locales, sin perjuicio de que pudiera existir una dicotomía en cuanto a dicha censura en la medida en que el tribunal de cuentas de la comunidad autónoma también fiscaliza las cuentas de la comunidad y de las entidades locales de su ámbito territorial. Esto es independiente de la reserva a favor del

Tribunal de Cuentas del reino de la facultad de atraerlas a su conocimiento directo y sin menoscabo del pleno ejercicio de sus funciones jurisdiccionales respecto de estas administraciones.

Además de lo anterior, también se extiende la jurisdicción del Tribunal de Cuentas a las entidades y personas que manejen fondos municipales o provinciales por cualquier concepto.

b) Añade el artículo 136.1 que "dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de las mismas en el examen y comprobación de la cuenta general del Estado".

Se trata de un órgano designado por las Cortes y cuenta con independencia funcional en el ejercicio de su competencia de control contable en todo el ámbito público. Su composición, organización y funciones han sido desarrolladas, por mandato del artículo 136.4 de la CE, por la Ley orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas (LOTIC).

c) El artículo 136.2 de la CE dispone que "las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste".

"El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido".

d) Y el apartado 3 del mismo artículo reza: "Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces".

## **2.2. Organización y competencias.**

La composición y organización del Tribunal de Cuentas se regula en el título II de la Ley orgánica 2/1982, de 12 de mayo, concretamente en los artículos 19 al 28. Complementa esta ley la 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, norma de carácter ordinario. Los órganos del Tribunal de Cuentas son los siguientes:

a) El presidente.

b) El Pleno.

- c) La Comisión de Gobierno.
- d) La Sección de Fiscalización.
- e) La Sección de Enjuiciamiento.
- f) Los consejeros de cuentas.
- g) La Fiscalía.
- h) La Secretaría General.

#### A. El presidente.

Es el órgano superior del Tribunal; ejercerá las atribuciones de jefatura y representación del Tribunal. El artículo 20 enumera las siguientes:

- Representar al Tribunal.
- Convocar y presidir el Pleno y la Comisión de Gobierno con voto de calidad.
- La jefatura superior de personal del Tribunal y funciones de nombramiento, contratación, gobierno y administración en general.
- Disposición y gestión de gastos y contratación de bienes, obras, etc.
- Las demás que le reconozca la ley y resolver los demás problemas de carácter gubernativo no asignados a otros órganos del Tribunal.

#### B. El Tribunal en Pleno.

El Tribunal en Pleno estará integrado por doce consejeros de cuentas, uno de los cuales será el presidente y el fiscal. El cuórum para la válida constitución del Pleno será el de dos tercios de sus componentes y sus acuerdos serán adoptados por mayoría de asistentes.

Corresponde al Pleno:

- a) Ejercer la función fiscalizadora.
- b) Plantear los conflictos que afecten a las competencias o atribuciones del Tribunal.
- c) Conocer de los recursos de alzada contra las resoluciones administrativas dictadas por órganos del Tribunal.
- d) Aprobar y modificar los reglamentos del Tribunal de Cuentas.

e) Las demás funciones que se determinen en la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

#### C . La Comisión de Gobierno.

Quedará constituida por el presidente y los consejeros de cuentas presidentes de sección. Le corresponde:

- Establecer el régimen de trabajo de personal.
- Ejercer la potestad disciplinaria en los casos de faltas muy graves respecto del personal al servicio del Tribunal.
- Distribuir los asuntos entre las secciones.
- Nombrar a los delegados instructores.

Las demás facultades que le correspondan con arreglo a la ley.

#### D. La Sección de Fiscalización.

Tiene como cometido la verificación de la contabilidad de las entidades del sector público y el examen y comprobación de las cuentas que han de someterse a la fiscalización del Tribunal. Se organizará en departamentos sectoriales y territoriales al frente de cada uno de los cuales estará un consejero de cuentas. El fiscal designará los abogados fiscales adscritos a cada departamento.

#### E. La Sección de Enjuiciamiento.

Se organizará en salas, integradas por un presidente y dos consejeros de cuentas y asistidas por uno o más secretarios.

Las salas conocerán de las apelaciones contra las resoluciones en primera instancia dictadas por los consejeros de cuentas en los juicios de cuentas, los procedimientos de reintegro por alcance y los expedientes de cancelación de fianzas y, en instancia o por vía de recurso, de los asuntos que determine la Ley de funcionamiento del Tribunal.

#### F. Compete a los consejeros de cuentas:

En la forma que determine la Ley de funcionamiento, la resolución en primera o única instancia de los siguientes asuntos:



- Los juicios de las cuentas.
- Los procedimientos de reintegro por alcance.
- Los expedientes de cancelación de fianzas.

G. La Fiscalía del Tribunal de Cuentas.

Dependiente funcionalmente del fiscal general del Estado, quedará integrada por el fiscal y los abogados fiscales

H. La Secretaría General.

Desempeñará las funciones conducentes al adecuado ejercicio de las competencias gubernativas del presidente del Pleno y de la Comisión de Gobierno en todo lo relativo al régimen interior del Tribunal de Cuentas.

Miembros del Tribunal de Cuentas.

Para el ejercicio de sus funciones dispondrá de los miembros siguientes:

- a) Presidente: nombrado por el rey a propuesta del Pleno por tres años.
- b) Consejeros: seis por el Congreso y seis por el Senado, por nueve años entre censores del propio Tribunal, censores jurados de cuentas, magistrados y fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos de cuerpos con titulación superior y abogados, economistas o profesores mercantiles de prestigio y con 15 años de profesión.
- c) Los presidentes de las secciones de Fiscalización y Enjuiciamiento serán designados por el Tribunal entre los consejeros de cuentas a propuesta del Pleno.
- d) El fiscal pertenecerá a la carrera fiscal y se nombrará por el Gobierno.

No podrán ser consejeros de cuentas quienes fuesen en los dos años anteriores:

- a) Autoridades o funcionarios que manejasen, interviniesen ingresos o gastos del sector público.
- b) Altos cargos de organismos autónomos y sociedades del sector público.
- c) Perceptores de las subvenciones con cargo a fondos públicos.

d) Particulares que excepcionalmente manejasen caudales públicos.

No podrán ser removidos el presidente ni los consejeros sino por:

a) Agotamiento de su mandato.

b) Renuncia aceptada por las Cortes.

c) Incapacidad, incompatibilidad o incumplimiento grave de sus deberes.

2.3. Las funciones del Tribunal de Cuentas: la función fiscalizadora y jurisdiccional.

Son funciones propias del Tribunal de Cuentas:

- La fiscalización externa, permanente y consuntiva de la actividad económico-financiera del sector público.
- El enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

### **2.3.1. La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas.**

La función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas se referirá al sometimiento de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia, economía, transparencia, así como a la sostenibilidad ambiental y la igualdad de género. El Tribunal de Cuentas ejercerá su función en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos públicos.

Esta fiscalización se concreta:

- a) En general: examen de la cuenta general de las distintas administraciones públicas en el plazo de seis meses desde su rendición.
- b) En particular: los contratos celebrados por la Administración del Estado y demás entidades del sector público en los casos establecidos o cuando lo considere necesario o conveniente el Tribunal.

Los créditos extraordinarios y suplementos de crédito, así como las incorporaciones, ampliaciones, transferencias y demás modificaciones de los créditos presupuestarios.

Se expondrán los resultados de la fiscalización por medio de informes o memorias en los cuales se harán constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya

observado con indicación de la responsabilidad en que a su juicio se hubiere incurrido y de las medidas para exigirla.

El informe o memoria anual contendrá el análisis de la cuenta general del Estado y de las demás del sector público y se extenderá a:

- a) La observación de la Constitución y de las leyes de ingresos y gastos y, en general, de las normas que afecten a la actividad económico-financiera del mismo.
- b) Al cumplimiento de las previsiones en ejecución de los presupuestos del Estado, comunidades autónomas, corporaciones locales y demás entidades sujetas al régimen presupuestario público.
- c) La racionalidad en la ejecución del gasto.
- d) La ejecución de los programas de actuación, inversiones y financiación de las sociedades estatales y de los demás planes o previsiones que rijan la actividad de las empresas públicas, así como el empleo o aplicación de las subvenciones con cargo a fondos públicos.

### **2.3.2. La función jurisdiccional o enjuiciamiento contable.**

El enjuiciamiento contable se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes caudales o efectos públicos. Este se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión. No corresponderá a la jurisdicción contable el enjuiciamiento de:

- a) Los asuntos atribuidos a la competencia del Tribunal Constitucional.
- b) Las cuestiones sometidas a la jurisdicción contencioso-administrativa.
- c) Los hechos constitutivos de delito o falta.
- d) Las cuestiones de índole civil, laboral o de otra naturaleza encomendadas al conocimiento de los órganos del poder judicial.

Esta jurisdicción es necesaria, improrrogable, exclusiva y plena y se extenderá, a los solos efectos de su función, al conocimiento y decisión en las cuestiones perjudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para

la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente. La decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del ámbito de la jurisdicción contable. Esta jurisdicción es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la jurisdicción penal. Cuando los hechos fueren constitutivos de delito, la responsabilidad civil será determinada por la jurisdicción contable en el ámbito de su competencia. Sin embargo, alguna sentencia del Tribunal Constitucional se ha manifestado en contra de que unos mismos hechos puedan dar lugar a sanciones de distinto tipo, disciplinaria, penal y contable.

El objeto de este tipo de enjuiciamiento es depurar las responsabilidades contables. El título IV de la LOTC regula esta materia y en él se tipifica la responsabilidad contable como los actos u omisiones contrarios a la ley que originen menoscabo de los caudales públicos, cuya comisión obliga a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

La responsabilidad puede ser directa o subsidiaria.

Son responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperar en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución.

Toda persona sujeta a obligación de rendir, justificar, intervenir o aprobar cuentas que dejare de hacerlo en el plazo marcado o lo hiciere con graves defectos o no solventara sus reparos, será compelida a ello mediante requerimiento conminatorio del Tribunal de Cuentas.

Si el requerimiento no fuere atendido en el improrrogable plazo señalado al efecto, el Tribunal de Cuentas podrá aplicar las medidas siguientes:

- a) La formación de oficio de la cuenta retrasada a costa del moroso, siempre que existieran los elementos suficientes para realizarlo sin su cooperación.
- b) La imposición de multas coercitivas en la cuantía que legalmente se establezca.
- c) La propuesta a quien corresponda para la suspensión, la destitución, el cese o la separación del servicio de la autoridad, funcionario o persona responsable.

El Tribunal de Cuentas, en su caso, pasará el tanto de culpa al fiscal general del Estado por el delito de desobediencia.

La responsabilidad directa será siempre solidaria y comprenderá todos los perjuicios causados.

Son responsables subsidiarios quienes por negligencia o demora en el cumplimiento de obligaciones atribuidas de modo expreso por las leyes o reglamentos hayan dado ocasión directa o indirecta a que los caudales públicos resulten menoscabados o a que no pueda conseguirse el resarcimiento total o parcial del importe de las responsabilidades directas.

La exigencia de responsabilidades subsidiarias sólo procede cuando no hayan podido hacerse efectivas las directas.

Respecto a los responsables subsidiarios, la cuantía de su responsabilidad se limitará a los perjuicios que sean consecuencia de sus actos y podrá moderarse en forma prudencial y equitativa.

Quedarán exentos de responsabilidad quienes actuaren en virtud de obediencia debida, siempre que hubieren advertido por escrito la imprudencia o ilegalidad de la correspondiente orden, con las razones en que se funden.

Tampoco se exigirá responsabilidad cuando el retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas y en la solvencia de los reparos sea debido al incumplimiento por otros de sus obligaciones específicas, siempre que el responsable así lo haya hecho constar por escrito.

No habrá lugar a la exigencia de responsabilidad subsidiaria cuando se pruebe que el presunto responsable no pudo cumplir las obligaciones, cuya omisión es causa de aquélla, con los medios personales y materiales que tuviere a su disposición en el momento de producirse los hechos.

Cuando no existiere imposibilidad material para el cumplimiento de tales obligaciones, pero el esfuerzo que hubiera de exigirse al funcionario para ello resultara desproporcionado por el correspondiente a la naturaleza de su cargo, podrá atenuarse la responsabilidad.

En los casos en que las responsabilidades mencionadas sean exigibles con arreglo a

normas específicas en vía administrativa, la autoridad que acuerde la incoación del expediente la comunicará al Tribunal de Cuentas, que podrá en cualquier momento recabar el conocimiento del asunto.

Las resoluciones que se dicten por la Administración en que se declaren responsabilidades contables serán recurribles ante el Tribunal de Cuentas y resueltas por la sala correspondiente.

## **2.4. Los procedimientos fiscalizadores y jurisdiccionales**

El procedimiento fiscalizador se regula en el título V de la ley orgánica, el cual dedica un capítulo a cada uno de los procedimientos.

En cuanto al procedimiento fiscalizador, la ley se limita a establecer que se impulsarán de oficio en todos sus trámites.

En cuanto a los procedimientos jurisdiccionales, se establece que los órganos del Tribunal de Cuentas que fuesen competentes para conocer de un asunto lo serán para todas sus incidencias y para ejecutar las resoluciones que dictaren. La competencia de los órganos de la jurisdicción contable no será prorrogable y podrá ser apreciada por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes.

Estarán legitimados para actuar ante la jurisdicción contable, quienes tuvieren interés directo en el asunto o fueren titulares de derechos subjetivos relacionados con el caso.

Las administraciones públicas podrán ejercer toda clase de pretensiones ante el Tribunal de Cuentas, sin necesidad de declarar previamente lesivos los actos que impugnen.

Será pública la acción para la exigencia de la responsabilidad contable en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas. En ningún caso se exigirá la prestación de fianza o caución, sin perjuicio de la responsabilidad criminal o civil en que pudiese incurrir el que ejercite la acción indebidamente.

Los funcionarios y el personal al servicio de las entidades del sector público legitimado para comparecer ante el Tribunal de Cuentas podrán serlo por sí mismos y asumir su propia defensa.

La representación y defensa del Estado y de sus organismos autónomos en las

actuaciones a que se refiere la presente ley corresponderá a los abogados del Estado. La de las comunidades autónomas, provincias y municipios corresponderá a sus propios letrados, a los abogados que designen o a los abogados del Estado.

Las resoluciones del Tribunal de Cuentas, en los casos y en la forma que determina su funcionamiento, serán susceptibles del recurso de casación y revisión ante el Tribunal Supremo.

## **2.5. Los órganos de control externo de las comunidades autónomas.**

Los órganos de control externo de las comunidades autónomas coordinan su actividad con la del Tribunal de Cuentas mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia en los resultados y eviten la duplicidad en las actuaciones fiscalizadoras.

A los mismos efectos, los órganos de referencia remitirán al Tribunal de Cuentas, tan pronto los tengan aprobados o, en su caso, dentro de los plazos legalmente establecidos, los resultados individualizados del examen, comprobación y censura de las cuentas de todas las entidades del sector público autonómico, así como los informes o memorias anuales acerca de sus respectivas cuentas generales y los informes o memorias, mociones o notas en que se concrete el análisis de la gestión económico-financiera de las entidades que integren el sector público autonómico o de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas de dicho sector percibidas por personas físicas o jurídicas.

Los informes o memorias habrán de remitirse acompañados de los antecedentes y del detalle necesario al objeto de que el Tribunal de Cuentas pueda examinarlos, practicar en su caso las ampliaciones y comprobaciones que estime necesarias e incorporar sus propias conclusiones, si resultara procedente, a la memoria anual a remitir a las Cortes Generales o a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas o a las memorias extraordinarias.

El Tribunal de Cuentas, mediante acuerdo plenario, podrá solicitar de los órganos de fiscalización externa de las comunidades autónomas la práctica de concretas funciones fiscalizadoras, tanto si se refieren al sector público autonómico como al estatal.

En el caso de Galicia, su Consejo de Cuentas es el ente fiscalizador de las cuentas y de la

gestión económico-financiera del sector público gallego, y está previsto en el Estatuto de autonomía de Galicia. La Ley de Galicia 6/1985 que regula su organización y funcionamiento fue modificada posteriormente por la Ley 4/1986, de 26 diciembre. El inicio de sus actividades se produjo el primero de marzo de 1991, al tomar posesión de sus cargos los cinco consejeros designados por el Parlamento de Galicia. Son órganos de la institución el Pleno, el consejero mayor, la Comisión de Gobierno, las secciones de Fiscalización y Enjuiciamiento y la Secretaría General.

Como órgano estatutario que emana del Parlamento de Galicia, el Consejo de Cuentas ejerce sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico, actuando de oficio, a petición del Parlamento de Galicia o por delegación del Tribunal de Cuentas o del Tribunal de Cuentas Europeo con los que, además, puede colaborar en tareas fiscalizadoras. La función fiscalizadora del Consejo de Cuentas comprende la actividad económica, financiera y contable del sector público de Galicia, subvenciones, créditos, ayudas, avales y exenciones fiscales concedidas por aquél, así como los contratos celebrados por los entes públicos señalados, todo ello con criterios de legalidad, eficacia, eficiencia y economía. Tiene además encomendada la emisión de los dictámenes y consultas que en materia de contabilidad pública y de gestión económica y financiera le soliciten las instituciones y los entes públicos.

El artículo 29 de la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas prevé los mecanismos concretos de coordinación. Entre éstos cabe reseñar: en primer lugar, el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización; en segundo lugar, la remisión al Tribunal de Cuentas, por parte de los OCEX, de los exámenes y la censura de las cuentas del sector público autonómico, así como de los informes o memorias, mociones o notas en que se concrete su actividad fiscalizadora; tercero, la facultad del Tribunal de Cuentas de examen y supervisión de los informes antes referidos, así como la posibilidad de realizar las ampliaciones y comprobaciones que estime necesarias, así como de incorporar sus propias conclusiones, si resultara procedente, a la memoria anual a remitir a las Cortes Generales o a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

Por último, el artículo 29.3 prevé la posibilidad de que el Tribunal de Cuentas encomiende a los OCEX la práctica de concretas funciones fiscalizadoras, tanto si se refieren al sector



público autonómico como al estatal.

Finalmente, a tal artículo 29 se le añadió un apartado 4 por el artículo 22.1 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, que dispone que en las comunidades autónomas que no tuvieran establecido órgano de control externo, el Tribunal de Cuentas podrá establecer secciones territoriales del mismo para el cumplimiento de las funciones propias.

La jurisprudencia constitucional, contenida en las sentencias 187/1988 y 18/1991, ha abordado esta materia y ha señalado que el Tribunal de Cuentas es supremo, pero no único, cuando fiscaliza, y único, pero no supremo, cuando enjuicia la responsabilidad contable. El primer inciso del párrafo tercero del fundamento jurídico 6º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1991, antes citada, es especialmente clarificador cuando señala: “De acuerdo con lo dicho más arriba, la Constitución no exige que el Tribunal de Cuentas sea el único órgano fiscalizador de la actividad financiera pública, aunque sí que mantenga una relación de supremacía frente a otros órganos fiscalizadores. La existencia de éstos, pues, y la extensión de sus funciones a diversos ámbitos del sector público no transgrede el reparto constitucional y estatutario de competencias en tanto dispongan de habilitación estatutaria y no impidan la actividad fiscalizadora del Tribunal de Cuentas en dichos ámbitos o contradigan la posición de supremacía del Tribunal al respecto”.

### **3. El Defensor del Pueblo.**

#### **3.1. Naturaleza.**

La institución del Defensor del Pueblo está contemplada en el artículo 54 de la CE, en el que se crea esta figura como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el título I, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de la Administración. La Constitución se remite a una ley orgánica para la regulación del instituto, mandato cumplimentado con la LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (LODP).

La regulación constitucional se ciñe a delimitar el perfil de la institución, al que configura como un órgano designado por las Cortes, a las que debe dar cuenta periódica de su actuación. Su función consiste básicamente en la supervisión de la actividad de la Administración para detectar posibles violaciones de los derechos reconocidos en el título I

de la CE e instar a la rectificación de dichas conductas. Ahora bien, el Defensor del Pueblo es una institución sin competencias ejecutivas, sino tan sólo de persuasión, bien directamente o bien a través de sus informes a las Cortes Generales. Su proyección es, por tanto, más política o de opinión pública que jurídica.

### **3.2. Nombramiento y organización**

El mandato del defensor del pueblo es de cinco años y es reelegible. El único requisito para acceder al cargo es ser español mayor de edad en plenitud de disfrute de sus derechos civiles y políticos (art. 3 de la LODP). Su designación corresponde a las Cortes a través de un complejo procedimiento que exige mayoría cualificada en ambas Cámaras (arts. 2.3, 4 y 5 de la LOPD).

La ley le otorga un estatus de plena independencia, ya que se le libera de mandato imperativo alguno y se le concede plena autonomía para el ejercicio del cargo. Posee también las prerrogativas parlamentarias de inviolabilidad por razón de las opiniones o actos efectuados en el ejercicio del cargo, de inmunidad, no pudiendo ser detenido ni retenido sino en caso de flagrante delito, y fuero especial.

La institución se organiza con dos adjuntos (primero y segundo), en los que el defensor puede delegar y que le sustituyen en el ejercicio del cargo en caso de imposibilidad temporal o cese. Su nombramiento corresponde al propio defensor del pueblo, aunque debe contar con la conformidad de las Cámaras. El Defensor del Pueblo se relaciona con las Cortes mediante una comisión mixta Congreso-Senado.

### **3.3. Funciones**

El ámbito de competencia del Defensor del Pueblo se extiende a la actividad de toda autoridad, funcionario o persona que actúe al servicio de cualquiera de las administraciones públicas. Las actuaciones del Defensor del Pueblo pueden iniciarse de oficio o a instancia de cualquier persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, sin ningún tipo de limitación.

Las quejas han de ser firmadas, excluyéndose, por consiguiente, las de carácter anónimo, pero las actuaciones son gratuitas, sin que se necesite representación ni asistencia letrada. Así pues, con el único requisito formal de la identificación del que acude al Defensor del

Pueblo, el procedimiento evita cualquier formalismo y persigue la máxima accesibilidad a la institución.

El Defensor del Pueblo cuenta con facultades inspectoras y de investigación, que incluyen la obligación legal de todo poder público de prestarle, con carácter preferente y urgente, la colaboración que precise para sus investigaciones. Ello supone la capacidad del Defensor del Pueblo, o de cualquier miembro de su oficina en quien delegue, para personarse en cualquier centro de la Administración pública o dependiente de la misma al objeto de comprobar datos, hacer entrevistas o estudiar expedientes o documentación, cuyo examen no se le puede denegar, ni siquiera tratándose de documentos declarados secretos de acuerdo con la ley. Tan sólo se contempla como excepción que el Gobierno, reunido en Consejo de Ministros, acuerde no remitir documentos declarados secretos. Fuera de algunas excepciones, la obstaculización de la investigación por parte de cualquier funcionario queda comprendida en el delito de desobediencia (art. 24.2 de la LODP).

La naturaleza no ejecutiva del Defensor del Pueblo y su carácter de institución mediadora originan que su labor de investigación posea una escasa operatividad inmediata. En efecto, su eficacia depende de las gestiones sobre la Administración investigada, de la publicidad que decida dar a los resultados de su investigación y de la actuación parlamentaria inducida por sus informes a las Cámaras.

Como resultado de sus indagaciones, el Defensor del Pueblo puede dirigirse por escrito al funcionario responsable y a su superior jerárquico haciéndole constar su criterio sobre si la queja ha sido originada por el abuso, arbitrariedad, discriminación, error, negligencia u omisión de su actuación. En el escrito al superior, el Defensor del Pueblo puede formular las sugerencias que estime oportunas (art. 23 de la LODP). En caso de tener conocimiento de hechos presuntamente delictivos, debe ponerlos en conocimiento del fiscal general del Estado. Igualmente, puede proponer al órgano competente de la Administración pública la modificación de los criterios utilizados para dictar el acto o resolución que haya motivado la investigación (art. 28.1 de la LODP).

Además, al Defensor del Pueblo le cabe sugerir al órgano legislativo o Administración competente la modificación de aquellas normas cuyo cumplimiento riguroso pudiera provocar, a su juicio, situaciones injustas o perjudiciales para los administrados (art. 28.2

de la LODP). También puede formular a las autoridades y funcionarios de las administraciones públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. Las autoridades y funcionarios están obligados a responder por escrito en el plazo de un mes. Si no se produce una medida acorde con las sugerencias ofrecidas en un plazo razonable o no se justifican las razones que la desaconsejan, el Defensor del Pueblo puede informar a la máxima autoridad del departamento afectado y, en último término, incluir el asunto en su informe anual, con mención de los nombres de las autoridades y funcionarios que hayan adoptado tal actitud (art. 30 de la LODP).

Finalmente, la facultad más relevante del Defensor del Pueblo es la de interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo. En este caso, es la propia Constitución, en el art. 162.1 a) y b), la que le ha atribuido legitimación para incoar ambos procedimientos. El Tribunal Constitucional parece haberse inclinado por interpretar esta doble legitimación en un sentido literal y amplio, sin restringirla al ámbito de la competencia del Defensor del Pueblo, esto es, la defensa de los derechos y libertades frente a la actuación de la Administración pública (STC 150/1990, caso del recargo del tres por ciento).

El Defensor del Pueblo ha de informar a quien haya promovido su actuación de los resultados de ésta, así como también a la autoridad, funcionario o dependencia administrativa sobre cuya actuación se haya producido la indagación. Pero, sobre todo, ha de dar cuenta anualmente a las Cortes Generales de la labor realizada. Estos informes deben publicarse y es precisamente la publicidad una de las principales armas de la labor del Defensor del Pueblo frente a las personas u organismos responsables de las irregularidades detectadas, aunque en dichos informes no deban constar datos personales salvo los supuestos en que haya habido actitud hostil o entorpecedora de la investigación. El Defensor del Pueblo debe presentar el informe anual oralmente ante los plenos de ambas Cámaras.

### **3.4. Instituciones análogas de las comunidades autónomas**

Con posterioridad a la puesta en marcha de la institución, las comunidades autónomas han ido creando asimismo figuras análogas al Defensor del Pueblo, bautizadas con distintas denominaciones y con frecuencia previstas en sus propios estatutos, pero con un

ámbito de actuación restringido a la supervisión de la Administración pública de la propia comunidad autónoma. Ello no obstante, la competencia del Defensor del Pueblo se extiende a la supervisión de la actividad de las administraciones públicas autonómicas. Asimismo, los órganos similares de las comunidades autónomas han de coordinar sus funciones con las del Defensor del Pueblo y éste puede solicitar la cooperación de aquéllos. La Ley 36/1985 regula las relaciones entre el Defensor del Pueblo y las instituciones autonómicas equivalentes y dota a estas últimas de análogas prerrogativas a las que se atribuyeron al Defensor del Pueblo. Además, se establece un régimen de cooperación entre el Defensor del Pueblo y la figura autonómica para la supervisión de la actividad de la Administración autonómica y de la local.

En Galicia se ha creado la figura del Valedor do Pobo de Galicia, mediante la Ley 6/1985, de 13 de agosto.

#### **4. La Administración consultiva: especial referencia al Consejo de Estado.**

##### **4.1. La Administración consultiva.**

Se entiende por Administración consultiva la que tiene por finalidad asesorar, de forma independiente y objetiva, sobre determinadas materias que son sometidas a su consideración por los órganos del Gobierno y de la Administración. La Administración consultiva se especializa en determinadas materias o sectores que delimitan el ámbito de su competencia. Se destacan las siguientes administraciones consultivas:

- a) El Consejo Económico y Social, previsto en el artículo 131.2 de la Constitución española y regulado en la Ley 21/1991, de 17 de junio, de creación del Consejo Económico y Social. Se trata de un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral, formado por representantes de las organizaciones empresariales y sindicales, de los sectores agrario y pesquero, de los consumidores, las cooperativas, las sociedades laborales y un grupo de expertos. Destacan las funciones de emitir dictámenes sobre anteproyectos de ley y de reglamentos en materia socioeconómica y de elaborar estudios e informes en estas materias.
- b) El Consejo de Estado, que es objeto de especial consideración inmediatamente.
- c) A parte del Consejo de Estado, las comunidades autónomas han creado sus propios

consejos consultivos. En estos casos, el Tribunal Constitucional ha considerado que cuando una ley exige el dictamen previo del Consejo de Estado, éste puede ser sustituido por el del consejo consultivo autonómico, siempre que esté asegurada su independencia, objetividad y rigurosa cualificación técnica (STC 204/1992, de 26 de diciembre). En Galicia, su consejo consultivo fue creado por la Ley 9/1995, de 10 de noviembre, y está regulado en la actualidad por la Ley 3/2014, de 24 de abril.

## **4.2. El Consejo de Estado.**

### **4.2.1. Naturaleza y régimen general.**

El artículo 107 de la CE se refiere al Consejo de Estado como “el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia”. El mandato constitucional se ha llevado a cabo mediante la LO 3/1980, de 22 de diciembre (LOCE, en lo sucesivo). La modificación más importante de tal ley orgánica fue por la Ley orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, que, entre otras cosas, incorporó a los ex presidentes del Gobierno como consejeros natos con carácter vitalicio y creó como nuevo órgano del consejo: la Comisión de Estudios. El Real decreto 1764/1980, de 18 de julio, aprueba el Reglamento orgánico del Consejo de Estado.

El artículo 1 de la LOCE dispone que “ejerce la función consultiva con autonomía orgánica y funcional para garantizar su objetividad e independencia de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Y el artículo 2 sintetiza las siguientes normas generales del Consejo de Estado:

“1. En el ejercicio de sus funciones, el Consejo de Estado velará por la observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines.

2. El Consejo de Estado emitirá dictamen sobre cuantos asuntos sometan a su consulta el Gobierno o sus miembros.

La consulta al Consejo será preceptiva cuando en esta o en otras leyes así se establezca, y facultativa en los demás casos. Los dictámenes del Consejo no serán vinculantes, salvo

que la ley disponga lo contrario.

Los asuntos en que hubiera dictaminado el Pleno del Consejo de Estado no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado. En los que hubiera dictaminado la Comisión Permanente, sólo podrá informar el Consejo de Estado en Pleno.

Corresponderá en todo caso al Consejo de Ministros resolver en aquellos asuntos en que, siendo preceptiva la consulta al Consejo de Estado, el ministro consultante disienta del parecer del Consejo.

Las disposiciones y resoluciones sobre asuntos informados por el Consejo expresarán si se acuerdan conforme al dictamen del Consejo de Estado o se apartan del mismo. En el primer caso, se usará la fórmula «de acuerdo con el Consejo de Estado»; en el segundo, la de «oído el Consejo de Estado».

3. El Consejo de Estado realizará por sí o bajo su dirección los estudios, informes o memorias que el Gobierno le solicite y elaborará las propuestas legislativas o de reforma constitucional que el Gobierno le encomiende. Podrá llevar a cabo igualmente los estudios, informes o memorias que juzgue oportuno para el mejor desempeño de sus funciones.

En la elaboración de las propuestas legislativas o de reforma constitucional atenderá los objetivos, criterios y límites de la reforma constitucional señalados por el Gobierno y podrá hacer también las observaciones que estime pertinentes acerca de los mismos”.

#### **4.2.2. Organización.**

El Consejo de Estado actúa en Pleno, en Comisión Permanente o en Comisión de Estudios. También puede actuar en secciones con arreglo a su reglamento orgánico.

A) Integran el Consejo de Estado en Pleno: el presidente, los consejeros permanentes, los consejeros natos, los consejeros electivos y el secretario general.

B) Componen la Comisión Permanente: el presidente, los consejeros permanentes y el secretario general.

C) La Comisión de Estudios estará presidida por el presidente del Consejo de Estado e integrada por dos consejeros permanentes, dos natos y dos electivos, designados por el

Pleno a propuesta del presidente, así como por el secretario general. La designación será por el plazo que fije el reglamento orgánico, sin perjuicio de su posible renovación. Otro u otros consejeros podrán ser incorporados por el mismo procedimiento para tareas concretas y de acuerdo a dicho reglamento. La Comisión estará asistida por al menos un letrado mayor y por los letrados que se consideren necesarios en función de las tareas encomendadas y podrá recabarse igualmente la asistencia de otros cuerpos de la Administración.

Los requisitos para desempeñar estos puestos y su nombramiento se recogen en los artículos 6 y siguientes de la LOCE.

#### **4.2.3. Competencias.**

El Consejo de Estado, en Pleno o en Comisión Permanente, podrá elevar al Gobierno las propuestas que juzgue oportunas acerca de cualquier asunto que la práctica y experiencia de sus funciones le sugieran.

El Consejo de Estado en Pleno elevará anualmente al Gobierno una memoria en la que, con ocasión de exponer la actividad del Consejo en el período anterior, recogerá las observaciones sobre el funcionamiento de los servicios públicos que resulten de los asuntos consultados y las sugerencias de disposiciones generales y medidas a adoptar para el mejor funcionamiento de la Administración.

El Consejo de Estado en Pleno deberá ser consultado en los siguientes asuntos (se indican los más importantes):

- Anteproyectos de reforma constitucional, cuando la propuesta no haya sido elaborada por el propio Consejo de Estado.
- Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.
- Proyectos de decretos legislativos.
- Dudas y discrepancias que surjan en la interpretación o cumplimiento de tratados, convenios o acuerdos internacionales en los que España sea parte.
- Problemas jurídicos que suscite la interpretación o cumplimiento de los actos y



resoluciones emanadas de organizaciones internacionales o supranacionales.

- Reclamaciones que se formalicen como consecuencia del ejercicio de la protección diplomática y las cuestiones de Estado que revistan el carácter de controversia jurídica internacional.
- Anteproyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuere su rango y objeto, que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado.
- Transacciones judiciales y extrajudiciales sobre los derechos de la Hacienda pública y sometimiento o arbitraje de las contiendas que se susciten respecto de los mismos.

El artículo 22 de la LOCE reserva otros asuntos a la consulta de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

Las comunidades autónomas podrán, por conducto de sus presidentes, solicitar dictamen del Consejo de Estado, bien en pleno o en Comisión Permanente, en aquellos asuntos en que, por la especial competencia o experiencia del mismo, lo estimen conveniente.

El dictamen será preceptivo para las comunidades autónomas que carezcan de órgano consultivo propio en los mismos casos previstos por esta ley orgánica para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes (art. 24 de la LOCE).

**VICENTE CALVO DEL CASTILLO**

INTERVENTOR Y SECRETARIO-INTERVENTOR DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA**

García Morillo y Espín Templado (en colaboración), *Derecho constitucional*, 2 volúmenes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración), *Temas de derecho constitucional*, Editorial

Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho constitucional*, 2 volúmenes, editorial Tecnos.

## **TEMA 8**

**EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.  
ORGANIZACIÓN, COMPOSICIÓN Y  
ATRIBUCIONES. PRESUPUESTOS MATERIALES  
Y PROCEDIMIENTOS DE LOS RECURSOS ANTE  
EL TRIBUNAL. RECURSO DE  
INCONSTITUCIONALIDAD, CUESTIÓN DE  
INCONSTITUCIONALIDAD Y RECURSO DE  
AMPARO.**

## **TEMA 5. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ORGANIZACIÓN, COMPOSICIÓN Y ATRIBUCIONES. PRESUPUESTOS MATERIALES Y PROCEDIMIENTOS DE LOS RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y RECURSO DE AMPARO.**

### **ÍNDICE**

1. El Tribunal Constitucional en la Constitución y en su ley orgánica.
2. Composición, designación, organización y funciones.
  - 2.1. Composición y designación.
  - 2.2. Organización.
  - 2.3. Funciones.
3. Presupuestos materiales y procedimientos de los recursos ante el tribunal.
  - 3.1. El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley: aspectos generales.
  - 3.2. El recurso de inconstitucionalidad.
  - 3.3. La cuestión de inconstitucionalidad.
  - 3.4. El control previo de tratados internacionales.
  - 3.5. El recurso de amparo.

### **1. El Tribunal Constitucional en la Constitución y en su ley orgánica**

Una de las notas más características de la Constitución es la de ser la voluntad de su eficacia en el ordenamiento jurídico como norma jurídica fundamental. En consecuencia, y como instrumento básico para afirmar esa eficacia, acogió en su seno al Tribunal Constitucional, regulado en su título IX. El Tribunal Constitucional nace así como una de las piezas claves del sistema de organización y distribución del poder, siendo su función primordial la de actuar como «intérprete supremo de la Constitución» (artículo 1 de la

LOTG).

Los rasgos más importantes del modelo español de justicia constitucional son los siguientes.

- a) En primer lugar, debe destacarse que el Tribunal Constitucional encarna una auténtica jurisdicción, aunque por su naturaleza y funciones no se incardine en el seno del poder judicial. El carácter jurisdiccional de su función implica, entre otras cosas, que el Tribunal Constitucional es un órgano independiente y sometido exclusivamente a la Constitución y a su ley orgánica, tal y como dispone el artículo 1 *in fine* de ésta.
- b) Estrechamente unido a lo anterior, debe señalarse, como segunda característica de la jurisdicción constitucional, que venga atribuida a un órgano constitucional. Esto significa que el Tribunal Constitucional está configurado directamente por la Norma Fundamental, por lo que dicho órgano forma parte del conjunto de los que son considerados «troncales para la configuración del modelo de Estado».
- c) La tercera característica a destacar de la jurisdicción constitucional es la de su naturaleza concentrada, acorde con el modelo de derecho comparado en el que se inspira. Esto significa, fundamentalmente, que sólo el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley. Esta nota es la que diferencia de manera más patente la justicia constitucional europea del modelo de control de constitucionalidad difuso o de *judicial review*, cuya manifestación más clara se da en los Estados Unidos.
- d) La siguiente característica, relacionada con lo que acaba de señalarse, radica en que el Tribunal Constitucional no es el único órgano que debe aplicar e interpretar la Norma Fundamental. La Constitución, en cuanto norma jurídica, vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos (artículo 9.1). Ello supone, por una parte, que han de ser todos los órganos jurisdiccionales, de cualquier orden, los que en su actuación diaria apliquen e interpreten la Constitución, tal y como recuerda el artículo 5.1 de la LOPJ. Pero es el Tribunal Constitucional el órgano encargado de unificar esa interpretación dado su carácter supremo en el orden constitucional (artículos 123.1 de la CE y 1 de la LOTG).

Prueba manifiesta de esa posición se encuentra en el ya citado artículo 5.1 de la LOPJ, que dispone que los jueces y tribunales «interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y los principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

e) La última característica del modelo de justicia constitucional español es el de la amplitud de competencias con que cuenta el Tribunal Constitucional. En efecto, la función de interpretar la Constitución que le corresponde al Tribunal Constitucional la desarrolla a través de distintos procedimientos que, a su vez, están configurados atendiendo a los diversos tipos de conflictos constitucionales que pueden surgir. Posteriormente se hará referencia a cada una de las competencias; baste, de momento, la indicación sobre su amplitud, añadiendo sólo que el Tribunal Constitucional las ejerce siempre instado directa o indirectamente por las personas u órganos en cada caso legitimados, sin actuar nunca de oficio.

## **2. Composición, designación, organización y funciones del Tribunal Constitucional.**

### **2.1. Composición y designación.**

El artículo 159 de la CE dispone que el Tribunal Constitucional se compone de doce miembros. Para su designación, la Norma Fundamental ha previsto la participación de los tres poderes del Estado, dando una especial preponderancia al poder legislativo, emanación directa de la voluntad popular. En efecto, los doce magistrados son nombrados por el rey a propuesta de los siguientes órganos:

- Cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados.
- Cuatro a propuesta del Senado.
- Dos a propuesta del Gobierno.
- Dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Esta forma de designación podría hacer pensar, en una primera lectura del artículo 159 de la CE, que, en definitiva, la composición del Tribunal Constitucional deriva sólo y exclusivamente de la mayoría parlamentaria existente en cada momento, dado que de ella depende, además del nombramiento de los ocho magistrados designados por las Cámaras, la composición del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, órganos que designan al resto de los magistrados. No obstante, ello no es así.

Por una parte, como el propio artículo 159 de la CE establece, los ocho magistrados propuestos por las Cortes han de serlo con una amplia mayoría cualificada: tres quintos de los miembros de la respectiva Cámara. Por otra, el mandato de los magistrados del Tribunal Constitucional es de nueve años; ello supone que su elección no coincida con las legislaturas, de manera que no cabe establecer una relación automática entre mayoría parlamentaria y composición del Tribunal Constitucional. Esta falta de relación se ve aún acentuada por un tercer correctivo introducido por la Constitución en aras de la independencia de la jurisdicción constitucional: el Tribunal Constitucional no se renueva de manera global. Por el contrario, aunque el mandato de todos los magistrados es de nueve años, el órgano se renueva por terceras partes; dicho de otra manera, cada tres años cuatro miembros del Tribunal han de ser renovados. A estos efectos, se considera que los magistrados designados por el Congreso forman un tercio, los cuatro designados por el Senado otro tercio y los dos designados por el Gobierno, junto con los dos propuestos por el Consejo General del Poder Judicial, constituyen el último tercio.

Toda la configuración del Tribunal Constitucional conduce a intentar que sus miembros sean designados con un amplio margen de consenso entre las fuerzas políticas más representativas, de cara a una mayor legitimación democrática y a un fortalecimiento de la institución.

Además, la Constitución exige, para ser magistrado del Tribunal Constitucional, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Una cualificación profesional: ser jurista. La Constitución, además, realiza un elenco de las categorías básicas dentro de las cuales ha de escogerse a los miembros del Tribunal Constitucional: magistrados, fiscales, profesores de universidad, funcionarios públicos y

abogados.

- Un mínimo de antigüedad: 15 años de ejercicio profesional.
- Se exige «reconocida competencia». A pesar del margen de apreciación que esta exigencia deja, no por ello es inútil y actúa, al menos, como elemento persuasivo para quienes deben designar a los magistrados.

La Constitución y la LOTC se han esforzado en garantizar la posición de independencia de los magistrados del Tribunal Constitucional mediante un conjunto de reglas muy similar al que establece el estatuto de los miembros del poder judicial.

Este conjunto de reglas puede resumirse como sigue.

- En primer lugar, los magistrados del Tribunal Constitucional están sujetos a los principios de independencia e inamovilidad (artículo 159.5 de la CE). Ello supone la imposibilidad de que sean apartados de su cargo hasta el cumplimiento del mandato de nueve años. Las excepciones a estos principios son tasadas y similares a las de los jueces y magistrados del poder judicial: incompatibilidad, incapacidad o como consecuencia de la exigencia de determinada responsabilidad civil o penal (artículo 23 de la LOTC).
- En segundo lugar, los magistrados del Tribunal Constitucional se encuentran sometidos a un rígido sistema de incompatibilidades muy similar al de los miembros de la carrera judicial (artículo 159.4 de la CE). Este sistema se traduce en la prohibición para los magistrados de desarrollar cualquier otra actividad política, profesional, administrativa o mercantil durante el ejercicio de sus funciones, para permitir así su exclusiva dedicación a las tareas del Tribunal. No obstante, los magistrados del Tribunal Constitucional pueden militar en partidos políticos o sindicatos, aunque no ocupar cargos directivos o empleos en dichas organizaciones, a diferencia de los miembros de la carrera judicial.
- Como tercera medida para asegurar la independencia, la LOTC ha excluido la posibilidad de reelección inmediata de los magistrados, de forma que, una vez terminado el plazo de nueve años, no pueden ser designados de nuevo para el cargo. El motivo de esta prohibición es evitar posibles «compromisos» tendentes a asegurar una reelección.



- Por último, hay que señalar que los magistrados del Tribunal Constitucional, como corolario de su independencia, no pueden ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones. Por otro lado, cuentan con fuero especial para la exigencia de responsabilidad penal, ya que sólo la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo puede enjuiciarlos.

## **2.2. Organización del Tribunal Constitucional**

Como se señaló anteriormente, el Tribunal Constitucional está compuesto por doce miembros. El órgano está presidido por uno de los magistrados que, dada la autonomía del órgano, es elegido por los magistrados de entre ellos, cada tres años, y nombrado por el rey, siendo posible la reelección. Para la elección del presidente del Tribunal Constitucional se exige la mayoría absoluta de los votos de los magistrados, en una primera votación, bastando la mayoría simple en la segunda (artículo 9.2 de la LOTC). Al presidente le corresponden las tareas propias del cargo: convoca y ordena las sesiones del Pleno, ordena el trabajo del Tribunal, ejerce su representación, ostenta la jefatura administrativa, etc.

Existe, además, por previsión de la LOTC, un vicepresidente, designado de la misma forma que el presidente (artículo 9.4). Al vicepresidente le corresponde sustituir al presidente en caso de vacante, ausencia u otro motivo legal, además de presidir una sala del Tribunal, como enseguida se verá.

Para el ejercicio de sus competencias, el Tribunal Constitucional actúa de tres formas: en secciones, en salas o en pleno. El Tribunal Constitucional actúa en pleno, en sala o en sección para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le encomiendan la Constitución y su ley orgánica. El Pleno del Tribunal Constitucional está integrado por todos los magistrados. El Tribunal Constitucional consta de dos salas, formada cada una de ellas por seis magistrados. El Pleno y las salas del Tribunal Constitucional se constituyen en cuatro secciones, compuesta cada una de ellas por tres magistrados.

Corresponde al Pleno resolver todos los asuntos que son competencia del Tribunal, con excepción de los recursos de amparo. No obstante, incluso éstos pueden ser resueltos por

el Pleno, que tiene la posibilidad de recabar para su conocimiento asuntos de las salas, bien a iniciativa propia o de éstas (artículo 10.n de la LOTC).

El Tribunal Constitucional consta de dos salas, compuesta cada una por seis magistrados nombrados por el Pleno. Las salas del Tribunal conocen de aquellos asuntos atribuidos a la justicia constitucional que no sean de la competencia del Pleno, del recurso de amparo, de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, de los recursos y de las cuestiones contra las normas forales fiscales vascas, de los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o de los de éstas entre sí, de las impugnaciones de las disposiciones y resoluciones de los órganos de las comunidades autónomas previstas en el artículo 161.2 de la Constitución y de los conflictos en defensa de la autonomía local y foral que les sean deferidos por el Pleno del Tribunal, así como de aquellas cuestiones que, habiendo sido atribuidas al conocimiento de las secciones, entiendan que por su importancia debe resolver la propia Sala.

El Pleno y las salas constituyen secciones compuestas por el respectivo presidente o quien le sustituya y dos magistrados para el despacho ordinario y la decisión o propuesta, según proceda, sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de los procesos constitucionales. También puede corresponder a las secciones el conocimiento y resolución de aquellos asuntos de amparo que la sala correspondiente les defiera.

Para la adopción de acuerdos en cada uno de los órganos del Tribunal se exige la presencia, al menos, de dos terceras partes de sus miembros. Las decisiones se adoptan, a partir de la propuesta del magistrado ponente, por mayoría, contando el presidente, en caso de empate, con voto de calidad (artículo 90.1 de la LOTC). Los magistrados pueden, si lo estiman conveniente, manifestar sus discrepancias con la mayoría mediante la formulación de un voto particular.

Además de estos órganos, hay que aludir a los órganos de apoyo al Tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional, condición ésta que cabe predicar de la Secretaría General, las secretarías de Justicia, el Registro General y el Archivo General. La estructura organizativa gubernativa está integrada por los órganos del Tribunal que tienen encomendadas funciones de gobierno y administración: el Pleno, el presidente; el vicepresidente; la Junta

de Gobierno; el secretario general y, en su caso, por delegación de éste, el secretario general adjunto. También forman parte de la estructura administrativa los distintos servicios y unidades, que dependen de la Secretaría General.

### **2.3. Funciones**

Como se señaló previamente, el Tribunal Constitucional cuenta con un amplio elenco de competencias que tratan de llevar a su conocimiento los distintos conflictos constitucionales que pueden surgir. Sin perjuicio del posterior estudio de cada uno de los procedimientos, el conjunto de sus competencias puede resumirse así:

- Control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, a través de los recursos de inconstitucionalidad, cuestiones de inconstitucionalidad y control previo de tratados internacionales (artículos 161.1.a, 163 y 95 de la CE).
- Protección de derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 30 de la CE mediante el recurso de amparo (artículo 161.1.b] de la CE).
- Garantía de la distribución territorial del poder a través de los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas, o las de éstas entre sí (artículo 161.1.c] de la CE).
- Control de constitucionalidad de disposiciones y resoluciones de los órganos de las comunidades autónomas, mediante las impugnaciones previstas por el artículo 161.2 de la CE.
- Control del reparto de competencias entre los distintos poderes del Estado a través de los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales (artículo 59.1.c] de la LOTC).
- Garantía de la autonomía local a través de los conflictos que al efecto pueden plantearse contra normas con fuerza de ley (artículo 59.2 de la LOTC).

Este es el elenco de las competencias jurisdiccionales del Tribunal Constitucional, elenco que, en todo caso, puede ampliarse legalmente, ya que el artículo 161.1.d) de la CE deja

abierta esta puerta a través de la cual se introdujeron las dos últimas competencias señaladas: los conflictos de atribuciones y los conflictos en defensa de la autonomía local.

Además de estas competencias jurisdiccionales, y dado el carácter de órgano constitucional e independiente que posee el Tribunal, éste cuenta con un amplio margen de autonomía organizativa, lo que le otorga competencias de gobierno interno. Por destacar sólo las más significativas, el Tribunal elabora y aprueba sus reglamentos de funcionamiento interno, prepara su presupuesto, que debe ser aprobado por las Cortes en el seno de los presupuestos generales del Estado, y posee gran discrecionalidad en su organización interna.

### **3. El sistema español de control de constitucionalidad de las leyes.**

#### **3.1. El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley: aspectos generales**

##### **a) El objeto**

El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley es el instrumento de fiscalización jurídica de los poderes públicos que cierra el Estado de derecho; con él se trata de asegurar la supremacía de la Constitución, haciendo prevalecer a ésta sobre las normas aprobadas por el poder legislativo. Ahora bien, el concepto de ley es un concepto polivalente; en una de sus dimensiones, en él se incluyen no sólo las leyes formales o disposiciones de carácter general aprobadas por las Cortes o por las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, sino también otras normas de rango o fuerza similar a la ley por estar situadas de manera inmediata bajo la Constitución. Por ello, el artículo 161.1.a) de la CE, al hablar del control de constitucionalidad, extiende éste a las «leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley».

El primer problema que plantea el control de constitucionalidad es determinar cuáles son las normas que deben incluirse en esa categoría. El artículo 27.2 de la LOTC da la respuesta a esta pregunta, incluyendo las siguientes normas:

- Estatutos de autonomía.

- Leyes orgánicas.
- Leyes ordinarias.
- Decretos leyes.
- Decretos legislativos.
- Tratados internacionales.
- Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.
- Normas equivalentes a las anteriores categorías que puedan dictar las comunidades autónomas: leyes, decretos legislativos y reglamentos de sus asambleas legislativas.

A pesar del detallado elenco del artículo 27.2 de la LOTC, en la práctica han surgido algunos problemas a la hora de determinar cuál es el alcance objetivo del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley. Siguiendo el orden señalado, hay que destacar que, aunque no existe duda alguna sobre la posibilidad de control de los decretos leyes, desde el punto de vista práctico dicho control es, en ocasiones, difícil de llevar a cabo por razones procesales. Ello porque el artículo 86.2 de la CE exige que, en el plazo de treinta días desde su promulgación, los decretos leyes se convaliden, se deroguen o se tramiten como proyectos de ley. En estos dos últimos casos, formalmente el decreto ley desaparece como tal, siendo difícil que previamente pueda controlarse su constitucionalidad; no obstante, el Tribunal Constitucional ha entendido que «velar por el recto ejercicio de la potestad de emitir decretos leyes dentro del marco constitucional es algo que no puede eludirse» (STC 111/1983, caso RUMASA I). En consecuencia, se aceptó la posibilidad del control de un decreto ley ya inexistente; otra cosa es la repercusión que esa inexistencia tiene a la hora de enjuiciar los distintos vicios e inconstitucionalidad que se denuncien.

En relación con los decretos legislativos, también existen problemas de control de su constitucionalidad. Dichos problemas surgen como consecuencia de la construcción doctrinal, aceptada por la jurisprudencia, según la cual cuando un decreto legislativo incurre en *ultra vires* o exceso de delegación pierde su rango legal, degradándose a nivel

reglamentario. Desde la perspectiva de su control, esta construcción, acogida por los artículos 82.6 de la CE y 27.2.b de la LOTC, supone la posibilidad de fiscalización por los órganos del poder judicial. No obstante, y como pone de manifiesto el último precepto citado, no resulta claro cuándo existe control de constitucionalidad encomendado al Tribunal Constitucional y cuándo control del exceso en la delegación, correspondiente a los tribunales ordinarios. El Tribunal Constitucional, por una parte, ha confirmado la posibilidad de que los tribunales ordinarios controlen los excesos de delegación; a la vez, por otra parte, siempre que se ha cuestionado la regularidad de un decreto legislativo ante el Tribunal Constitucional, éste ha entrado a conocer del asunto; por ello, existe una zona de concurrencia en la que tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales ordinarios pueden actuar (STC 47/1984, caso jefe de servicio de RENFE).

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha rechazado expresamente que posea competencia para controlar normas de derecho comunitario europeo (STC 64/1991, caso APESCO). Aunque sean normas directamente aplicables en España que desplazan, incluso, a la ley interna, su parámetro de control está en el propio Derecho Comunitario y es el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas quien, en última instancia, debe efectuar ese control.

Para concluir el apartado correspondiente al objeto del control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley, conviene realizar una breve referencia respecto del control de aquéllas que son anteriores a la Constitución. La supremacía constitucional despliega sus efectos no sólo sobre las normas posteriores a la Constitución, sino también sobre las normas preconstitucionales, de manera que sus contenidos no pueden ir contra lo dispuesto en la Norma Fundamental. El problema surge a la hora de conceptuar la naturaleza del conflicto entre Constitución y norma anterior. De acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias, ese conflicto puede resolverse por dos vías. Por un lado, el carácter posterior en el tiempo de la Constitución hace imponerse a ésta sobre las normas anteriores que sean contrarias a ella (criterio temporal); por otro, la superioridad jerárquica de la Constitución le hace imponerse sobre las normas inferiores, incluidas las preconstitucionales (criterio jerárquico). Aunque el resultado en ambos casos es el mismo (supremacía de la Constitución), procesalmente la distinción tiene su

importancia. Así, la aplicación del criterio temporal haría catalogar el conflicto entre Constitución y ley anterior como de vigencia, obligando a determinar si la ley está o no derogada; en cuanto tal juicio de vigencia, cualquier juez o tribunal puede realizarlo. Por el contrario, la aplicación del criterio jerárquico hace que el conflicto sea de validez. Ello determinaría que sólo el Tribunal Constitucional podría enjuiciar la adecuación o no del derecho preconstitucional a la Norma Fundamental. El Tribunal Constitucional, ante tal disyuntiva, optó por una posición intermedia, haciendo coexistir ambas posibilidades.

En uno de los primeros asuntos resueltos por el Tribunal, éste afirmó lo siguiente: «Así como frente a las leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, con relación a las preconstitucionales los jueces y tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad» (STC 4/1981, caso Ley de bases del régimen local). Esta doctrina, aunque con discrepancias en el seno del propio Tribunal, ha sido reiterada más recientemente en la STC 73/1996 (caso artículos 124 y 137 de la LGT).

#### b) El marco de enjuiciamiento

La inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley puede venir determinada tanto por motivos formales como materiales; dicho de otra manera, y aunque la distinción entre ambos conceptos sea en ocasiones difícil de realizar, la Constitución tiene mandatos tanto formales, de naturaleza procesal, como preceptos de alcance sustantivo o material. Ambos tipos de preceptos pueden justificar la impugnación de una norma con fuerza de ley y, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad. No obstante, esta idea está sujeta a algunas matizaciones.

En primer lugar, si, como resulta lógico, una norma preconstitucional debe someterse materialmente a la Constitución ya que en otro caso se estarían produciendo efectos contrarios a ella, no puede decirse lo mismo respecto de los mandatos formales o de procedimiento. En efecto, no puede pretenderse que al legislador preconstitucional se le someta a las «formas» y procedimientos establecidos en un momento posterior en el

tiempo.

En segundo lugar, y siguiendo en el terreno de los vicios formales de inconstitucionalidad, hay que indicar que no cualquiera de éstos implica necesariamente la nulidad de la norma con fuerza de ley. En este terreno, el principio de «proporcionalidad» ha de modular el efecto que en cada caso el vicio posea. Así, de un pequeño defecto en la tramitación de un proyecto de ley no puede derivarse la nulidad total de la ley que surja. Desde otra perspectiva ha de señalarse que, aunque el marco general de enjuiciamiento de las normas con fuerza de ley viene determinado, como es lógico, por la Constitución, en ocasiones ese marco se completa con otras normas. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha entendido que para valorar la existencia de vicios *in procedendo* en la elaboración de las leyes debe a veces acudir a los reglamentos de las Cámaras (STC 99/1987, caso Medidas para la reforma de la función pública), por ejemplo.

El Tribunal Constitucional acude también a normas distintas de la Constitución para enjuiciar las leyes cuando la propia Norma Fundamental se remite a esas normas. Un ejemplo claro es el de los tratados y convenios internacionales sobre derechos fundamentales, ya que el artículo 10.2 de la CE toma esos tratados y convenios como elemento para la interpretación de derechos fundamentales y libertades públicas.

Otro de los casos en los que el examen de la constitucionalidad de las leyes exige acudir a normas distintas de la Constitución es el referente al reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. El sistema de distribución territorial de poder es muy complejo y, aunque arranca de la Constitución, se perfecciona por los estatutos de autonomía y por otras normas. Este conjunto forma lo que se ha dado en llamar el «bloque de la constitucionalidad». Pues bien, cuando en un proceso constitucional se trata de determinar si una norma con fuerza de ley vulnera o no ese reparto de poder generado por el bloque de la constitucionalidad, hay que acudir, a menudo, a normas en él integradas distintas de la Constitución. La propia LOTC ha reflejado esta técnica al disponer en su artículo 28.1 que «para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley, disposición o acto con fuerza de ley del Estado o de las comunidades autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos



constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas».

El último de los supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha de acudir a normas no constitucionales para enjuiciar las normas con fuerza de ley está previsto por el artículo 28.2 de la LOTC. Se trata de aquellos casos en los que existe una colisión entre ley orgánica y otras normas con fuerza de ley. Al Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 81 de la CE, le corresponde salvaguardar el ámbito material reservado a la ley orgánica; para ello no cabe duda que deben enjuiciar las normas supuestamente invasoras de dicho ámbito a la luz de la Constitución y de las propias leyes orgánicas. Ello permite, entre otras cosas, garantizar el respeto a los estatutos de autonomía por parte de las leyes tanto estatales como autonómicas, puesto que los estatutos de autonomía se aprueban mediante ley orgánica.

### **3.2. El recurso de inconstitucionalidad**

Como previamente se indicó, el artículo 161.1 de la CE establece el recurso de inconstitucionalidad como primer instrumento procesal para controlar la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley. Procesalmente, el recurso de inconstitucionalidad se caracteriza por tratarse de una acción jurisdiccional nacida precisamente con ese fin de controlar la adecuación a la Constitución de las normas con fuerza de ley; se trata, por tanto, de una impugnación directa de la norma. Ya se ha señalado cuáles son las normas que pueden impugnarse a través del recurso de inconstitucionalidad.

#### **a) Legitimación**

Están legitimados para interponer recurso de inconstitucionalidad, según el artículo 162.1 de la CE:

- El presidente del Gobierno.
- El Defensor del Pueblo.
- Cincuenta diputados.

- Cincuenta senadores.
- Los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas.
- Las asambleas de las comunidades autónomas.

La restricción de legitimación en la impugnación de normas con fuerza de ley, común a casi todos los sistemas de justicia constitucional concentrada, radica en el deseo de evitar continuas impugnaciones de las normas que se consideran elementos básicos del ordenamiento y manifestación, más o menos directa, de la voluntad general.

La legitimación reconocida en la Constitución, a pesar de ser restringida, plantea algunos problemas. La del presidente del Gobierno supone dotarle de una facultad de evidente trascendencia, tanto en el ámbito de las relaciones Gobierno-Parlamento como en el de reparto de poder entre Estado y comunidades autónomas. Es de observar que, pese a que pueda obviamente consultar al Gobierno, la decisión corresponde al presidente individualmente considerado.

Por su parte, la legitimación otorgada al Defensor del Pueblo parece que, en principio, habría de restringirse al campo de la protección de los derechos fundamentales, única tarea atribuida por el artículo 54 de la CE a dicha institución. Ahora bien, no puede olvidarse que el concepto mismo de protección de los derechos fundamentales tiene un amplísimo alcance, por lo que pocas son las normas que directa o indirectamente no pueden conectarse con dicha tarea.

La legitimación que poseen cincuenta diputados e igual número de senadores aparece básicamente como un instrumento de protección de minorías parlamentarias frente a la acción de la mayoría; ahora bien, a la vez permite a las fuerzas políticas con la suficiente representación parlamentaria reaccionar frente a normas con fuerza de ley dictadas tanto en el ámbito estatal como en el autonómico mediante su impugnación ante el Tribunal Constitucional, proyectándose así al campo de la organización territorial del Estado.

Por lo que respecta a la legitimación reconocida a órganos autonómicos, tanto ejecutivos como legislativos, se trata de un elemento más del diseño de distribución territorial de

poder, que se corresponde con la legitimación que poseen los órganos centrales para impugnar las normas con fuerza de ley dictadas en las comunidades autónomas. La legitimación de los órganos ejecutivos y legislativos de éstas es la que más problemas ha planteado en la práctica. Ello porque el artículo 32.2 de la LOTC, al regular esa legitimación, exige que las normas con fuerza de ley del Estado que impugnen los citados órganos autonómicos «puedan afectar a su ámbito de autonomía». Este precepto ha sido objeto de una interpretación evolutiva, de forma que sirve como instrumento no sólo de reivindicación de competencias que pudieran verse invadidas por normas estatales con fuerza de ley, sino también de impugnación de preceptos que puedan incidir indirectamente en esas competencias o, incluso, en intereses de la comunidad autónoma sin dimensión competencial concreta (STC 56/1990, caso Ley orgánica del poder judicial III, por ejemplo). Por último, el silencio del artículo 32 de la LOTC en relación con la impugnación de normas con fuerza de ley de las comunidades autónomas por las instituciones de éstas ha sido interpretado en el sentido de que no cabe ese tipo de impugnaciones; sin embargo, y a falta de jurisprudencia en la materia, doctrinalmente se ha indicado que ello podría suponer una lectura inconstitucional del artículo 162.1 de la CE, máxime si se tiene en cuenta que el silencio de la LOTC es producto de un simple error técnico del legislador.

#### b) Plazo

El plazo para interponer el recurso de inconstitucionalidad es de tres meses a partir de la publicación de la norma impugnada (artículo 33 de la LOTC). En el caso de las normas con fuerza de ley de las comunidades autónomas, que se publican tanto en su diario oficial como en el *Boletín Oficial del Estado*, es la primera publicación la que sirve como *dies a quo* para computar este plazo de tres meses.

Destacamos que también existe la posibilidad de, antes de acudir al Tribunal Constitucional, abrir una vía de negociación, tal como dispone el artículo 33.3 de la LOTC. Así, en los tres meses desde la publicación de la norma con rango de ley cuestionada se puede abrir la Comisión Bilateral de Cooperación Estado-Comunidad Autónoma, de forma que, si se hace, el plazo para recurrirla ante el TC pasa a nueve meses. Se entiende que

en ese plazo se producirá una negociación en el seno de tal comisión que, de ser fructífera, terminará con acuerdo que hará abandonar la interposición del recurso de inconstitucionalidad.

#### c) Procedimiento

El recurso de inconstitucionalidad se inicia mediante el correspondiente escrito de quien posea legitimación, o de su comisionado, en el que se ha de concretar la disposición impugnada, así como los motivos del recurso. El Tribunal Constitucional, admitida a trámite la demanda, da traslado del recurso al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y, en el caso de que la norma impugnada sea de una comunidad autónoma, a la asamblea legislativa y al ejecutivo correspondientes. De los anteriores órganos, los que lo consideren oportuno pueden personarse y formular alegaciones; a la vista del recurso y de las alegaciones, el Pleno del Tribunal Constitucional debe dictar sentencia (artículo 34 de la LOTC).

Llama la atención que, cuando es el presidente del Gobierno el que impugna una ley autonómica, puede solicitar la suspensión de tal norma legal, que el Tribunal decretará, si bien en el plazo máximo de cinco meses el TC debe valorar si levanta o mantiene tal suspensión (artículo 161.2 de la CE).

#### d) Efectos

El artículo 164 de la CE regula los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, en general, y de las que declaran la inconstitucionalidad de las normas con fuerza de ley, en concreto. Este precepto se encuentra desarrollado en el artículo 38 y siguientes de la LOTC. De la compleja regulación sobre la materia cabe destacar lo siguiente:

Desde el punto de vista temporal, las sentencias del Tribunal Constitucional despliegan sus efectos a partir del día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* (artículo 164 de la CE).

En segundo lugar, y por lo que se refiere a su contenido, la declaración de inconstitucionalidad supone, según el artículo 39.1 de la LOTC, la «nulidad» de los

preceptos afectados. Esto indica, en primer lugar, que no toda la norma debe verse afectada por la declaración de inconstitucionalidad, sino solamente aquellos preceptos de la misma que sufran el vicio de validez.

La nulidad implica que ha de considerarse que los preceptos por ella afectados nunca han formado parte del ordenamiento. Ahora bien, el artículo 40 de la LOTC matiza esta idea al señalar que la declaración de inconstitucionalidad no permite revisar procesos fenecidos mediante sentencia con efectos de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la norma inconstitucional, salvo en un caso: que esa aplicación haya supuesto una sanción penal o administrativa que no existiría o se vería reducida como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada.

A pesar de lo rígidamente que se encuentran regulados los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional, consciente de los muchos problemas que pueden plantearse tanto desde el punto de vista práctico como jurídico como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley, ha flexibilizado en ocasiones los efectos, adecuándolos a las circunstancias del caso concreto, llegando incluso a limitar sus efectos temporalmente a partir de la declaración de inconstitucionalidad (STC 45/1989, caso IRPF), o permitiendo que la norma inconstitucional siga vigente hasta que otra norma válida la desplace (STC 195/1998, caso Marismas de Santoña y Noja); en este supuesto, se trataba de una norma estatal inconstitucional, no por motivos materiales sino por falta de competencia, y lo que se buscó fue, básicamente, evitar un vacío normativo que hiciera que España incurriera en responsabilidad internacional.

Junto a los anteriores efectos, la Constitución y la LOTC recogen otros principios predicables de las sentencias del Tribunal Constitucional que tienen como finalidad hacer realidad el principio de que el Tribunal Constitucional es el «supremo intérprete de la Constitución». Así, se establece que las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad «tienen plenos efectos frente a todos» (artículo 164.1 de la CE) y «vincularán a todos los poderes públicos» (artículo 38.1 de la LOTC). Ello implica otorgar unos especiales efectos a las resoluciones del Tribunal; esos efectos suponen que su

doctrina ha de informar la actividad de todos los poderes públicos.

Hay que señalar, asimismo, que las decisiones del Tribunal Constitucional no pueden ser recurridas en al ámbito interno y crean cosa juzgada. En consecuencia, resuelto un asunto por el Tribunal, no puede volver a plantearse ante él. Otra cosa es que problemas similares sí puedan reproducirse ante el Tribunal Constitucional, permitiéndose así a éste actualizar su doctrina e ir adecuando la interpretación constitucional al momento histórico.

### **3.3. La cuestión de inconstitucionalidad**

El segundo instrumento procesal a través del cual es posible controlar la constitucionalidad de las normas con fuerza de ley es la cuestión de inconstitucionalidad. La cuestión representa un complemento del recurso; éste, como se ha visto, hace posible un control directo de la norma; la cuestión, en cambio, permite reaccionar contra la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley a través de su aplicación concreta. El artículo 163 de la CE dispone: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez depende el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

La cuestión de inconstitucionalidad sirve, pues, como instrumento que permite reaccionar ante cualquier inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley sin necesidad de la intervención de quien está legitimado para interponer el recurso directo; pero, a la vez, hace posible no abrir la legitimación para recurrir normas con fuerza de ley a cualquier persona. Los órganos judiciales actúan como «filtro» para hacer llegar al Tribunal Constitucional las quejas de constitucionalidad que posean un mínimo de fundamento y que tengan una dimensión concreta y efectiva.

#### **a) Requisitos**

Como se desprende del artículo 163 de la CE, cualquier órgano judicial puede plantear la

cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. No obstante, ese planteamiento no depende de la simple voluntad del titular o titulares del órgano judicial, sino que deben cumplirse determinados requisitos.

En primer lugar, la duda sobre la constitucionalidad de la norma con fuerza de ley ha de surgir en el seno de un procedimiento del que conozca el órgano judicial, bien planteada por éste o por alguna de las partes en ese procedimiento (artículo 35.1 de la LOTC).

En segundo lugar, para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no basta con el simple surgimiento de la duda; ésta tiene que ser relevante para la decisión del proceso en que se plantea, de manera que esa decisión dependa realmente de la regularidad o no de la norma cuestionada.

Por último, la duda sobre la constitucionalidad de la norma con fuerza de ley debe estar suficientemente fundada y motivada por el órgano judicial que eleva la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

#### b) Procedimiento

La duda sobre la constitucionalidad de una norma con fuerza de ley puede surgir en cualquier proceso que se siga ante un órgano jurisdiccional, sea cual sea el orden o jurisdicción. Al órgano judicial corresponde controlar que se cumplen los requisitos legalmente exigidos: relevancia de la cuestión para el fallo y fundamentación suficiente de la duda de constitucionalidad. Si estos requisitos no se cumplen, el órgano judicial ha de rechazar el planteamiento de la cuestión. Aún más, el órgano judicial, constatado el cumplimiento de estos requisitos, debe analizar la duda planteada con el fin de determinar si, por vía interpretativa, es salvable la contradicción entre norma con fuerza de ley y Constitución (artículo 5.3 de la LOPJ);

El planteamiento se lleva a cabo mediante auto, una vez oídas las partes personadas en el proceso judicial y el Ministerio Fiscal. En dicho auto han de concretarse la norma cuestionada y los motivos por los que el órgano judicial estima que puede ser contraria a la Constitución. El planteamiento de la cuestión sólo debe realizarse una vez concluido el procedimiento y antes de adoptar la resolución pertinente (artículo 35.2 de la LOTC); a

pesar de que este precepto se refiere exclusivamente a aquellos procedimientos que finalizan por sentencia, el Tribunal Constitucional ha entendido que la cuestión puede plantearse también ante decisiones judiciales que adopten otra forma (auto o providencia) por tratarse de dudas que surjan en procedimientos incidentales. La exigencia de esperar a que el correspondiente procedimiento se encuentre concluido tiene una doble finalidad: por un lado, se trata de evitar que la cuestión de inconstitucionalidad sea utilizada con fines exclusivamente dilatorios; por otro, sólo estando concluido el procedimiento puede valorarse realmente la relevancia de la norma cuestionada para el fallo.

En el caso de que el órgano judicial estime que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad, su resolución no puede recurrirse, si bien puede volverse a suscitar la duda en posteriores instancias jurisdiccionales.

Planteada la cuestión ante el Tribunal Constitucional, se cierra la primera fase de la cuestión de inconstitucionalidad, la que se desarrolla en el proceso *a quo*, que es en el que la duda surge. A partir de ese momento, se abre el proceso constitucional propiamente dicho (proceso *ad quem*), en el que se decide sobre la validez de la norma cuestionada. Este proceso se desarrolla totalmente ante el Tribunal Constitucional y en él ni siquiera participan quienes son parte en el proceso *a quo*. No obstante, sus alegaciones constan ya que se remiten junto con el auto de planteamiento de la cuestión. En todo caso, esta exclusión de las partes del proceso *a quo* en el proceso constitucional ha sido puesta en entredicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al menos por lo que se refiere a aquellos casos en los que se enjuicien normas con fuerza de ley de tipo singular (STEDH Ruiz Mateos —1993—).

El Tribunal Constitucional realiza, en primer lugar, un control del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para el planteamiento de la cuestión: relevancia para el fallo y fundamentación suficiente. Este control ha de ser somero por cuanto, tanto la fundamentación como, sobre todo, la relevancia de la cuestión corresponde valorarla a los órganos promotores; el rechazo de la cuestión por parte del Tribunal Constitucional basándose en la falta de relevancia sólo es posible ante supuestos extraordinarios donde el defecto es absolutamente manifiesto. Respecto de la falta de fundamento, es posible un



mayor margen de actuación del Tribunal Constitucional para poder rechazar en trámite de admisión aquellas cuestiones que, aunque no sean manifiestamente arbitrarias, poseen una fundamentación que puede rebatirse fácilmente salvando la constitucionalidad de la norma. En los casos de inadmisión de la cuestión, la decisión se adopta mediante auto, oído el fiscal general del Estado (artículo 37.1 de la LOTC).

Admitida la cuestión a trámite, el procedimiento a seguir es similar al del recurso de inconstitucionalidad. Se da traslado al fiscal general del Estado, a las Cámaras, al Gobierno y, en su caso, a los ejecutivos y legislativos de la comunidad autónoma que hubiera dictado la norma cuestionada, para que se personen y formulen alegaciones si lo estiman conveniente. Oídas las partes, el Pleno del Tribunal Constitucional dicta sentencia pronunciándose sobre la constitucionalidad o no de la norma cuestionada. Al margen de los efectos generales que todas las sentencias de control de constitucionalidad de normas con fuerza de ley poseen, en las cuestiones el Tribunal Constitucional ha de notificar su decisión al juez o tribunal que planteó la cuestión para que resuelva en consecuencia el proceso *a quo*.

#### c) Las «autocuestiones» de inconstitucionalidad

Existen en la LOTC dos previsiones que permiten que sea el propio Tribunal Constitucional el que se plantee la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley (de ahí los nombres de «autocuestión» o «cuestión interna de inconstitucionalidad» con los que se conoce a esta institución); se trata de los artículos 55.2 y 75.quince.6 de la LOTC.

Según el artículo 55.2 de la LOTC, en aquellos casos en los que el Tribunal, conociendo de un recurso de amparo, aprecie que la lesión de un derecho fundamental procede de una norma con fuerza de ley contraria a la Constitución, la sala, a la vez que resuelve el amparo, debe plantear la posible inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley ante el Pleno para que éste, si así lo decide, declare la inconstitucionalidad de la norma con fuerza de ley.

Como se ve, el mecanismo es similar al de las cuestiones de inconstitucionalidad con sólo dos particularidades:

- El órgano que promueve la cuestión es el propio Tribunal Constitucional, generalmente alguna de las salas.
- El proceso en el que surge la duda sobre la regularidad de la norma con fuerza de ley (recurso de amparo) se resuelve sin necesidad de esperar la decisión del Pleno del Tribunal Constitucional sobre la regularidad de la ley cuestionada.
- El Tribunal Constitucional ha indicado que cuenta con mayor flexibilidad que los jueces y tribunales ordinarios, para decidir el planteamiento de la cuestión (STC 149/2000, caso artículo 21.2 de la LOREG).

El procedimiento que se sigue para resolver las «autocuestiones» de inconstitucionalidad es el mismo previsto para las cuestiones (artículo 55.2 *in fine* de la LOTC).

Por lo que respecta a la segunda «autocuestión», ésta se encuentra regulada en el capítulo dedicado a los conflictos en defensa de la autonomía local; el mecanismo se parece al anterior por cuanto se trata de que, apreciada una lesión de la autonomía local imputable a una norma con fuerza de ley, la inconstitucionalidad de ésta debe declararse en otro procedimiento, que se tramita, también, como las cuestiones de inconstitucionalidad (artículo 75.quince.6 de la LOTC). La diferencia básica respecto del otro supuesto de autocuestión, aparte del motivo en que se fundan, está en que en este caso la autocuestión la suscita el Pleno del Tribunal Constitucional ante sí mismo.

### **3.4. El control previo de tratados internacionales**

Aunque no se pida expresamente en el tema, conviene abordar, por no dejar incompleta la exposición, que el tercer instrumento procesal que existe para controlar la constitucionalidad de normas con fuerza de ley es el control previo de tratados internacionales. Como fácilmente se deduce de su denominación, la característica más importante de esta técnica de control de constitucionalidad radica en el hecho de que la fiscalización se produce antes de la entrada en vigor de la norma.

#### **a) Objeto**

Cuando se aprobó la LOTC, su título VI preveía la posibilidad de interponer recurso previo

de inconstitucionalidad contra tres tipos de normas en estado aún de proyecto:

- Tratados internacionales.
- Estatutos de autonomía.
- Leyes orgánicas.

No obstante, la LO 4/1985 modificó dicha regulación al derogar el artículo 79 de la LOTC, de forma que, en la actualidad, sólo los tratados internacionales, cuyo texto esté definitivamente fijado pero a los que el Estado aún no haya prestado su consentimiento, son susceptibles de control previo (artículos 95.2 CE y 78 de la LOTC). La razón de ser de la reducción del ámbito del control previo radica en el efecto retardatario de la entrada en vigor de las normas ya aprobadas que tenía la interposición del recurso. Sin embargo, el control previo de tratados internacionales se justifica en buena medida por permitir compaginar la supremacía constitucional con la responsabilidad internacional del Estado, ya que impide contraer con otros sujetos de derecho internacional compromisos que sean contrarios a la Norma Fundamental.

El control previo de tratados posee una configuración particular, distinta del resto de los procesos constitucionales. Ello es así porque su objeto no es, o no tiene por qué ser, exactamente impugnatorio; más bien es de naturaleza consultiva, puesto que de lo que se trata es de comprobar si existe obstáculo constitucional a la prestación del consentimiento a un tratado internacional, aunque la decisión sea vinculante. En dicho juicio, en todo caso, el Tribunal Constitucional, como en el resto de sus competencias, actúa sometido exclusivamente a la Constitución (DTC de 1 de julio de 1992; caso Tratado de la Unión Europea).

#### b) Legitimación

Solamente el Gobierno o alguna de las Cámaras, de acuerdo con lo establecido en sus reglamentos, pueden instar dicho control mediante el correspondiente requerimiento (artículo 78.1 de la LOTC).

#### c) Procedimiento

Realizado el requerimiento, se da traslado de éste al resto de los órganos legitimados para que efectúen alegaciones; oídos el Gobierno y las Cámaras, el Tribunal Constitucional dicta la correspondiente resolución (artículo 78.2 de la LOTC), que adopta la forma de «declaración» y no de sentencia.

#### d) Efectos

El sentido del control previo de inconstitucionalidad, como se ha visto, es evitar que un tratado internacional contrario a la Constitución entre en vigor. Dicha entrada en vigor significaría no sólo la presencia en el ordenamiento interno de una norma inconstitucional, sino también la adquisición de compromisos externos que resulten opuestos al orden jurídico fundamental. La apreciación de oposición entre Constitución y tratado supone, bien la necesidad de modificar la norma fundamental (artículo 95.1 CE), bien la no prestación de consentimiento por parte del Estado. Conviene recordar que la existencia del control previo no excluye la posibilidad de impugnación de tratados internacionales *a posteriori*, a través del recurso o de la cuestión de inconstitucionalidad, sin perjuicio de que la declaración produzca efectos de cosa juzgada.

Los demás procedimientos y competencias del Tribunal Constitucional no tienen por objeto el control de la constitucionalidad de las leyes y no son objeto de este tema. Sin embargo, se indican a continuación:

- Los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas establecido por el bloque de la constitucionalidad.
- Los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales.
- La impugnación por el Gobierno, ante el Tribunal Constitucional, de las disposiciones y resoluciones de rango infralegal adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas que considere inconstitucionales.
- Los conflictos en defensa de la autonomía local.

### **3.5. El recurso de amparo**

El artículo 53.2 de la CE señala que los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, así como la objeción de conciencia, son protegibles, además de por el amparo judicial, a través del amparo constitucional. El amparo constitucional se configura, pues, como una garantía específica más de los derechos fundamentales. Es un instrumento más, el último en el ámbito nacional, de reacción frente a una posible vulneración de un derecho fundamental. De este rasgo reactivo frente a las vulneraciones concretas de derechos fundamentales proviene su carácter de garantía específica.

La característica más específica del recurso de amparo constitucional deriva, precisamente, del órgano ante el que se residencia: a diferencia del amparo judicial que, como se vio, se insta de los órganos jurisdiccionales ordinarios, el amparo constitucional se solicita, precisamente, del Tribunal Constitucional. De ahí —más, incluso, que del carácter evidentemente constitucional de los derechos cuya protección canaliza— proviene su nombre, y de ahí, también, derivan sus características más distintivas, que lo singularizan respecto de los demás recursos.

El amparo constitucional es, pues, un recurso por el que se solicita del Tribunal Constitucional la preservación o, en su caso, el restablecimiento de un derecho fundamental que se reputa conculcado. Se configura, pues, como último recurso para evitar la vulneración de derechos fundamentales o, si ya se ha producido, para repararla.

#### **b) Función**

No puede omitirse que el amparo constitucional reviste una función que trasciende de la proyectada por la mera resolución del caso concreto. Ciertamente, su objeto primario es ofrecer una garantía más de los derechos fundamentales pero, además, ese instrumento confiere al Tribunal Constitucional una función de alcance más global, que puede resumirse como el control de la forma en que los jueces y tribunales ordinarios aplican los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales, la fijación de las pautas y criterios que han de inspirar la actuación de los órganos de la jurisdicción ordinaria.

Esta función del amparo constitucional ha quedado plasmada en el artículo 5.1 de la LOPJ cuando señala que «los jueces y tribunales (.....) interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

Por otra parte, el amparo constitucional cumple aún una última función en consonancia con la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución. Los recursos de amparo constitucional que ante él se sustancian permiten que el Tribunal Constitucional realice esa labor interpretativa y defina el alcance y significado exactos de los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales, un alcance y significado que, como se ha visto, deben informar la interpretación y aplicación que de las leyes y los reglamentos realicen los órganos jurisdiccionales ordinarios.

El amparo constitucional es un recurso subsidiario, porque es condición necesaria para poder accionar el amparo constitucional haber agotado antes las vías judiciales procedentes.

El amparo constitucional es un recurso de objeto limitado: en él no se pueden hacer valer cualesquiera pretensiones, sino sólo las dirigidas a preservar o restablecer los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 de la CE, además de la objeción de conciencia.

Por último, el objeto limitado del recurso predetermina también la resolución del Tribunal Constitucional, pues éste, en caso de otorgar el amparo, deberá limitarse a lo previsto en el artículo 55.1 de la LOTC; esto es, habrá de reducirse a declarar la nulidad del acto o resolución que vulneró el derecho fundamental, a reconocer éste último y a restablecer al recurrente en su derecho.

**VICENTE CALVO DEL CASTILLO**

INTERVENTOR-TESORERO Y SECRETARIO-INTERVENTOR DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBILIOGRAFÍA**

Pablo Pérez Tremps (en colaboración) *Derecho Constitucional*, 2 volúmenes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007.

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) *Temas de Derecho Constitucional*, editorial Aranzadi, 2000.

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho Constitucional*, 2 volúmenes, editorial Tecnos.

## **TEMA 9**

**LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA. EL PODER JUDICIAL. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS. EL TRIBUNAL SUPREMO. LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. EL MINISTERIO FISCAL.**



## **TEMA 9. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA JUSTICIA. EL PODER JUDICIAL. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS. EL TRIBUNAL SUPREMO. LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. EL MINISTERIO FISCAL.**

### **ÍNDICE**

1. La regulación constitucional de la Justicia. El poder judicial.
1. El Consejo General del Poder Judicial: organización y competencias.
  - 1.1 Organización.
  - 1.2 Competencias.
2. El Tribunal Supremo.
  - 3.1 Previo: la organización del Supremo y demás tribunales.
  - 3.2. El Tribunal Supremo: organización y plantilla.
  - 3.3. Competencia de las salas del Tribunal Supremo.
    - 3.3.1. Sala Primera de lo Civil.
    - 3.3.2. Sala Segunda de lo Penal.
    - 3.3.3. Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo.
    - 3.3.4. Sala Cuarta de lo Social.
    - 3.3.5. Sala Quinta de lo militar.
    - 3.3.6. Sala del art. 61 LOPJ.
3. Los tribunales superiores de justicia.
  - 4.1. Fundamento constitucional y creación.
  - 4.2. Sede.
  - 4.3. Composición.
  - 4.4. Atribuciones de las salas.
    - 4.4.1. Sala de lo Civil.



4.4.2. Sala de lo Contencioso-Administrativo.

4.4.3. Sala de lo Social.

4. El Ministerio Fiscal.

5.1. Concepto y posición constitucional.

5.2. Organización.

5.2.1 Unidad.

5.2.2. Dependencia jerárquica.

5.3. Funciones.

## **1. La regulación constitucional de la Justicia. El poder judicial**

El título VI de la Constitución (artículos 117 a 127) se denomina “el poder judicial” (por esto dedicamos un único apartado a las aparentes dos cuestiones planteadas en el tema). La definición de nuestro Estado como “social y democrático de derecho” (artículo 1.1 CE) implica el “imperio de la ley”, como expresión de la soberanía popular, que sujeta a todos por igual, “la división clásica de los poderes”, con el propósito de limitarse mutuamente, según propugnaba Montesquieu, y “la garantía efectiva de los derechos de los ciudadanos”.

Por ello, el poder judicial se establece para asegurar el cumplimiento de la ley por todos, por los simples ciudadanos y, también, por los que desempeñan funciones dentro de los otros dos grandes poderes del Estado, para garantizar que éstos actúan dentro de los límites que la Constitución ha determinado y para tutelar efectivamente los derechos e intereses legítimos amparados desde la ley de leyes.

Se suele señalar en la doctrina que, frente al poder legislativo, el ejecutivo y el judicial son secundarios; el primero crea las leyes y los otros dos las ejecutan o las hacen cumplir. Pero, entre el poder ejecutivo y el judicial hay diferencias: la Administración aplica las normas tanto para sí como para los ciudadanos; los jueces no las aplican para sí sino para las relaciones entre particulares, para resolver los conflictos producidos: sus sentencias son, así, mandatos individualizados y concretos, frente a las normas, en sentido amplio, que son generales y abstractas, ajenas a las situaciones concretas.

“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey” (artículo 117.1 CE), lo cual es congruente con un sistema constitucional en el cual el pilar básico fue establecido por la “soberanía del pueblo español” (artículo 2 CE) a través de un Referéndum nacional, celebrado el 6 de diciembre de 1978, y en el cual la potestad legislativa corresponde a las Cortes Generales que “representan al pueblo español” (artículos 66.1 y 2 CE). En consecuencia, el pueblo, a través del órgano constitucional que lo representa, se da a sí mismo las leyes y, a través del poder judicial, hace que se cumplan esas mismas leyes y que sean sancionados quienes las contravengan.

El poder judicial descansa sobre estos principios:

a. Exclusividad jurisdiccional:

“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales” (Artículo 117.3). Estos, en una perspectiva negativa de este principio, “no ejercerán más funciones que las señaladas” o “las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho” (artículo 117.4). Positivamente, ningún otro poder del Estado puede ejercer la función jurisdiccional. Ni siquiera el legislativo, ni a través de las comisiones de investigación: éstas nunca pueden condicionar la actuación de los tribunales (artículo 76 CE).

b. Unidad jurisdiccional.

Es “la base de la organización y funcionamiento de los tribunales” (artículo 117.5). La jurisdicción es única, pero, atendiendo al objeto de que han de conocer los jueces, se suele hablar de distintas jurisdicciones: civil, relativa a las relaciones de derecho privado, entre particulares; penal, concerniente a los delitos y a su sanción; contencioso-administrativa, sobre la legalidad de la actuación de la Administración pública; y social, fundamentalmente referida a las cuestiones de lo laboral y de la Seguridad Social.

Hoy no puede hablarse, como en el anterior Régimen, de una jurisdicción militar aislada, pues aun especial y “circunscrita al ámbito estrictamente castrense” (artículo 117.5 CE), ve su organización coronada por la sala V del Tribunal Supremo, que puede revisar los fallos de los tribunales militares (L.O. 4/1987, de 15 de julio). Tampoco están ya permitidos los “tribunales de excepción” (artículo 117.6) ni los “tribunales de honor en el ámbito de la

Administración civil y de las organizaciones profesionales” (artículo 26 CE). El Tribunal de Cuentas desempeña alguna función que puede ser considerada jurisdiccional: el “enjuiciamiento contable” respecto de quienes manejen “bienes caudales o efectos públicos” en las distintas administraciones; pero, aunque esto permite hablar de una “jurisdicción contable”, tampoco rompe la esencia de la unidad jurisdiccional pues el Tribunal Supremo puede revisar también sus pronunciamientos a través de su sala III (Ley 7/1988, de 5 de abril). En cuestiones de constitucionalidad, el TC es el supremo intérprete; por ello, es objeto de estudio separado. Por último, el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, aludido en otro lugar, es el órgano jurisdiccional común para la aplicación estrictamente del derecho comunitario; y el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre viene a constituir una última instancia para los ciudadanos de los países que ratifican voluntariamente la Convención Europea.

#### c. Independencia.

Los jueces y magistrados son “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” (artículo 117.1 CE). Esa “dependencia” tiene un aspecto “externo” (frente a las intromisiones de otros poderes) y otro “interno” (independencia de cada órgano judicial frente a los demás) y, ligada a la “inamovilidad”, ve su refuerzo en la imposibilidad (artículo 117.2) de ser los jueces y magistrados “separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley (hoy, la Ley orgánica del poder judicial, 6/1985, de 1 de julio, que desarrolla este título VI).

#### d. Incompatibilidad.

“Los jueces y magistrados, así como los fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos” (artículo 127.1 CE) si bien podrán incorporarse a sus asociaciones profesionales (las principales hoy son la Asociación Profesional de la Magistratura, la “Francisco de Vitoria”, la de “Jueces para la Democracia”, etc.). Tampoco pueden ejercer su función en asuntos en que estén implicados determinados parientes.

#### e. Responsabilidad.

Este principio, también deducido del artículo 117.1 CE, se proyecta en la posible derivación

de la responsabilidad personal de los actos o decisiones de los jueces, tanto en el orden penal, como en el civil y en el propio disciplinario. Y ello con independencia de la responsabilidad subsidiaria del Estado por “los daños causados por error judicial” o “como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de justicia” (artículo 121 CE).

El art. 122 de la CE remite a una Ley orgánica del poder judicial la determinación de los juzgados y tribunales y del órgano de gobierno del poder judicial, mandato que se hizo efectivo con la LOPJ 6/1985, de 1 de julio. Las grandes líneas de la ley están expresadas en su título preliminar. Se recogen en él los principios que se consagran en la Constitución. El primero de ellos es la independencia, que constituye la característica esencial del poder judicial en cuanto tal. Sus exigencias se desarrollan a través de mandatos concretos que delimitan con el rigor preciso su exacto contenido. Así, se precisa que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se extiende frente a todos, incluso frente a los propios órganos jurisdiccionales, lo que implica la imposibilidad de que ni los propios jueces o tribunales corrijan, a no ser con ocasión del recurso que legalmente proceda, la actuación de sus inferiores, quedando igualmente excluida la posibilidad de circulares o instrucciones con carácter general y relativas a la aplicación o interpretación de la ley.

De la forma en que la ley orgánica regula la independencia del poder judicial, se puede afirmar que posee una característica: su plenitud. Plenitud que se deriva de la obligación que se impone a los poderes públicos y a los particulares de respetar la independencia del poder judicial y de la absoluta sustracción del estatuto jurídico de jueces y magistrados a toda posible interferencia que parta de los otros poderes del Estado, de tal suerte que a la clásica garantía -constitucionalmente reconocida- de inamovilidad se añade una regulación, en virtud de la cual se excluye toda competencia del poder ejecutivo sobre la aplicación del estatuto orgánico de aquéllos. En lo sucesivo, pues, la carrera profesional de jueces y magistrados estará plena y regladamente gobernada por la norma o dependerá, con exclusividad absoluta, de las decisiones que en el ámbito discrecional estatutariamente delimitado adopte el Consejo General del Poder Judicial.

La importancia que la plenitud de la independencia judicial tendrá en nuestro ordenamiento debe ser valorada completándola con el carácter de totalidad con que la ley

dota a la potestad jurisdiccional. Los tribunales, en efecto, controlan sin excepciones la potestad reglamentaria y la actividad administrativa, con lo que ninguna actuación del poder ejecutivo quedará sustraída a la fiscalización de un poder independiente y sometido exclusivamente al imperio de la ley. Habrá que convenir que el Estado de derecho proclamado en la Constitución alcanza, como organización regida por la ley que expresa la voluntad popular y como sistema en el que el gobierno de los hombres es sustituido por el imperio de la ley, la máxima potencialidad posible.

Corolarios de la independencia judicial son otros preceptos del título preliminar que concretan sus distintas perspectivas. Así, la unidad de la jurisdicción que, en consecuencia con el mandato constitucional, es absoluta, con la única salvedad de la competencia de la jurisdicción militar, que queda limitada al ámbito estrictamente castrense regulado por la ley y a los supuestos de estado de sitio; la facultad que se reconoce a jueces y tribunales de requerir la colaboración de particulares y poderes públicos; y, en fin, la regulación del procedimiento y de las garantías en él previstas, para los supuestos de expropiación de los derechos reconocidos frente a la Administración pública en una sentencia firme.

Por otro lado, el título preliminar de la presente ley orgánica singulariza en el poder judicial la vinculación genérica del art. 9.1 de la CE, disponiendo que las leyes y reglamentos habrán de aplicarse según los preceptos y principios constitucionales y conforme a la interpretación de los mismos que realice el Tribunal Constitucional. Se ratifica así la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores, y de todos los demás principios generales del derecho que de ellos derivan, como fuente del derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles y garantiza la eficacia de los preceptos constitucionales y la uniformidad en la interpretación de los mismos.

Además, se dispone que sólo procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando no sea posible acomodar, por la vía interpretativa, la norma controvertida al mandato constitucional. Se refuerza, con ello, la vinculación del juzgador para con la norma fundamental y se introduce en esa sujeción un elemento dinámico de protección activa, que trasciende del mero respeto pasivo por la ley suprema.

El valor de la Constitución, como norma suprema del ordenamiento, se manifiesta,

también, en otros preceptos complementarios. Así, se configura la infracción de precepto constitucional como motivo suficiente del recurso de casación y se menciona expresamente la directa aplicabilidad de los derechos fundamentales, haciéndose explícita protección del contenido esencial que salvaguarda la Constitución.

Otros preceptos constitucionales completan y caracterizan el régimen de la justicia en España:

A) Deber de cumplimiento de las sentencias y de colaboración.

Artículo 118. Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

A) Justicia gratuita.

Artículo 119. La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

B) Normas del procedimiento judicial: público y oral.

Artículo 120.1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo, en materia criminal.

3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

C) Responsabilidad patrimonial.

Artículo 121. Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.

D) Participación de los ciudadanos en la justicia.

Artículo 125. Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los tribunales consuetudinarios y tradicionales.

E) Policía judicial.

Artículo 126. La policía judicial depende de los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.

F) Estatuto de los jueces y magistrados.

Artículo 127.1. Los jueces y magistrados, así como los fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales.

2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos.

Por último, los arts. 122, 123 y 124 CE regulan los órganos e instituciones que son objeto de los siguientes apartados.

## **2. El Consejo General del Poder Judicial: organización y competencias.**

La existencia del Consejo General del Poder Judicial se recoge, como se ha avanzado, en el artículo 122 CE en los siguientes términos: "2. El Consejo General de Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La Ley orgánica (del poder judicial) establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de los miembros del Consejo General del Poder Judicial y sus funciones, en particular, en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario".

Y el apartado 3 se refiere a su composición: "3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la Ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión".

La función de Gobierno del Consejo versa sobre materias tales como los nombramientos,



ascensos y traslados; la inspección del funcionamiento de los juzgados y tribunales y la exigencia de responsabilidad disciplinaria a los miembros de la carrera judicial. Mediante la atribución de este tipo de competencias al Consejo, se evita que otro poder del Estado, particularmente el poder ejecutivo, pueda influir directa o indirectamente sobre la independencia judicial.

Es importante señalar que la actuación del Consejo General del Poder Judicial no es de carácter jurisdiccional, pues este tipo de actividad está reservada, tal y como proclama el art. 117 CE, a los jueces y tribunales. La labor de gobierno del Consejo es equiparable, en buena medida, a los actos administrativos y, al igual que estos últimos, sus resoluciones están sujetas al control de legalidad por parte de los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo.

La función de gobierno de los jueces y tribunales no recae exclusivamente en el Consejo General del Poder Judicial, ya que las salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los tribunales superiores de Justicia ostentan también competencias en esta materia, si bien, en última instancia, sus resoluciones son revisables por el Consejo.

El Consejo ha de velar por el mantenimiento de la independencia judicial y así, si un juez o magistrado es perturbado o inquietado en el ejercicio de la función jurisdiccional, el artículo 14 LOPJ faculta al Consejo para poner fin a esta intromisión.

### **2.1. Organización.**

El Consejo General del Poder Judicial es un órgano constitucional, colegiado, autónomo, integrado por jueces y otros juristas, que ejerce funciones de gobierno del poder judicial con la finalidad de garantizar la independencia de los jueces en el ejercicio de la función judicial frente a todos.

El Consejo General del Poder Judicial es un órgano colegiado compuesto por:

- Veinte miembros, llamados vocales, nombrados por el rey, elegidos por las Cortes Generales (Congreso y Senado) entre jueces y juristas de reconocida competencia.
- Un presidente, designado por el Pleno del Consejo en su sesión constitutiva. Es elegido entre miembros de la carrera judicial o juristas de reconocida competencia.

Los vocales son nombrados por un período de mandato de cinco años, a partir de la fecha de la sesión constitutiva. El CGPJ se renueva en su totalidad, una vez transcurridos los cinco años de mandato, aunque el Consejo saliente continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo.

Los vocales no pueden ser reelegidos en el Consejo siguiente. El mandato del presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ se vincula al del Consejo que lo propuso; pero el presidente puede ser reelegido y nombrado por una sola vez para un nuevo mandato.

En caso de cese anticipado de algún vocal, se procede a su sustitución por el mismo procedimiento por el que fue nombrado el vocal cesante; el mandato del vocal sustituto se agota con el del CGPJ en el que se integra.

Los miembros del Consejo General del Poder Judicial son elegidos por una mayoría cualificada de tres quintos de las Cámaras.

El Consejo se compone de una Presidencia, el Pleno, la Comisión Permanente y las Comisiones: Disciplinaria, de Asuntos Económicos y de Igualdad.

## **2.2. Competencias**

La función principal del Consejo es la gestión de la administración de justicia junto con la salvaguardia o la garantía de la independencia de los jueces y tribunales, cuando ejercen su función judicial, respecto al resto de poderes del Estado y frente a todos, incluso respecto a los demás órganos judiciales y los del propio gobierno del poder judicial.

El Consejo realiza cometidos de naturaleza administrativa-gubernativa y de régimen interior del poder judicial. El gobierno interno de los juzgados y tribunales corresponde a las salas de gobierno del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los distintos tribunales superiores de Justicia, sin perjuicio de las funciones que corresponden a los presidentes de dichos tribunales y a los titulares de los restantes órganos jurisdiccionales con respecto a su propio ámbito orgánico. No obstante, el Consejo ejerce la función revisora de las actuaciones llevadas a cabo por estos órganos de gobierno.

Las obligaciones del Consejo se extienden a las cuestiones que afectan al gobierno y administración interna del tercer poder del Estado: el nombramiento y ascenso de jueces y magistrados, junto a las situaciones administrativas, licencias, permisos, prohibiciones e

incompatibilidades; la inspección de juzgados y tribunales, y el régimen disciplinario judicial.

A estas competencias se añade, de un lado, la relativa a la selección y formación de los jueces, asumidas en el año 1994, y, de otro lado, la mejora de la calidad de la justicia, en cuanto presupuesto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Las funciones y competencias del Consejo se distribuyen en nueve grandes áreas:

- Nombramientos reglados y discrecionales.
- Inspección de los juzgados y tribunales.
- Régimen disciplinario judicial.
- Formación judicial.
- Potestad reglamentaria.
- Publicación de las sentencias.
- Función consultiva.
- Mejora de la calidad de la justicia.
- Relaciones internacionales.

Como órgano constitucional de autogobierno, el Consejo está legitimado para plantear conflictos ante el Tribunal Constitucional en defensa de sus competencias.

El CGPJ tiene la obligación de remitir a las Cortes Generales la Memoria anual sobre el estado, funcionamiento y actividades del CGPJ y de los juzgados y tribunales de España. La memoria incluye las necesidades que, a su juicio, existen en materia de personal, instalaciones y recursos para el correcto desempeño de las funciones atribuidas al poder judicial.

Las Cortes Generales podrán debatir el contenido de la memoria y reclamar, en su caso, la comparecencia del presidente del CGPJ o del miembro en quien delegue. Los parlamentarios pueden formular mociones y preguntas, de obligada contestación por parte del Consejo.

### **3. El Tribunal Supremo.**

#### **3.1. Previo: la organización del Supremo y demás tribunales**

El Tribunal Supremo, los tribunales superiores de Justicia y las audiencias (órganos colegiados) se organizan en salas de justicia, que son el verdadero órgano jurisdiccional, no el tribunal, que es el conjunto administrativo de organización, sino que lo son sus salas. Así, la LOPJ establece que el Tribunal Supremo está integrado por salas (art. 55) cuya competencia regula (arts. 56 a 61), y ello se repite para la Audiencia Nacional (arts. 64 a 69) y para los tribunales superiores de Justicia (arts. 72 a 78). En cambio, respecto de las audiencias provinciales, la competencia regula la misma Audiencia, no las salas (art. 82).

A su vez, en las salas de los tribunales pueden existir dos o más secciones (arts. 27.1 y 28), ya secciones en las salas del Tribunal Supremo (art. 54), de la Audiencia Nacional (art. 63.]) y de los tribunales superiores de Justicia (art. 72.2), y también en las audiencias provinciales (que no tienen salas, pero sí secciones (arts. 80.1 y 81.1). El órgano jurisdiccional (sala o sección) queda constituido por tres magistrados, incluido el presidente.

Por el contrario, los juzgados, que son un órgano jurisdiccional unipersonal, cuyo ámbito territorial de actuación es la provincia, quedan constituidos con la presencia del juez y del secretario. En las capitales de provincia y otras 36 ciudades el titular de la potestad jurisdiccional tiene la categoría personal de magistrado. Todas las demás personas son necesarias para la realización de funciones de apoyo material, pero no son indispensables jurisdiccionalmente.

#### **3.2. El Tribunal Supremo: organización y plantilla.**

La CE establece, en relación a esta institución, en su art. 123, lo siguiente: "1. El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

2. El presidente del Tribunal Supremo será nombrado por el rey, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, en la forma que determine la ley."

El artículo 53 de la LOPJ añade que tendrá su sede en Madrid y que ningún otro órgano jurisdiccional podrá tener el título de supremo.

El presidente del Tribunal es, al mismo tiempo, presidente del Consejo General del Poder Judicial, y lo integran además 5 presidentes de sala y los demás magistrados de la categoría.

A estas salas hay que aludir, además:

- La sala innominada del artículo 61 de la LOPJ, integrada por el presidente del Tribunal, los presidentes de sala y los magistrados más antiguo y moderno de cada sala, con muy variadas competencias, que van desde recursos de revisión en lo contencioso-administrativo hasta la responsabilidad civil y penal de los presidentes de sala o de todos los magistrados de una sala. Aparte de la atribuida por la LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos.
- El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (arts. 38 LOPJ y 1 LOCJ), para conocer de estos conflictos entre los juzgados y tribunales y la Administración, y constituido por el presidente del Tribunal Supremo y cinco vocales, de los que dos son magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo tribunal (designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial) y tres consejeros permanentes de Estado.
- La Sala de Conflictos de Jurisdicción (arts. 39 LOPJ y 22 LOCJ) que conoce de estos conflictos entre los tribunales ordinarios y los tribunales militares, e integrada por el presidente del Tribunal Supremo, dos magistrados de la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional en conflicto y dos magistrados de la Sala de lo Militar, designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial.
- La Sala Especial de Conflictos de Competencia (art. 42 LOPJ) para conocer de los que puedan suscitarse entre juzgados o tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales, integrada por el presidente del Tribunal Supremo y dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto, designados anualmente por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

Sin funciones jurisdiccionales, el art. 163 de la LOPJ prevé la existencia de un Gabinete Técnico de Información y Documentación, con composición y plantilla que determina el Ministerio de Justicia, aunque los destinos de magistrado y de letrado se proveen por el Consejo General del Poder Judicial.

### **3.3. Competencia de las salas del Tribunal Supremo.**

#### **3.3.1. Sala Primera de lo Civil.**

Esta sala asume fundamentalmente los recursos de casación, que constituyen la esencia de su función jurisdiccional, atendiendo a la unificación de la jurisprudencia en la interpretación del derecho privado común o general del Estado.

Al mismo tiempo se le ha atribuido también el conocimiento de:

- Los recursos de revisión.
- Otros recursos extraordinarios que llegue a establecer la ley.
- En primera y única instancia las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra las más altas autoridades del Estado, tanto del poder legislativo, como del ejecutivo y del judicial (incluidos los magistrados de la Audiencia Nacional y de los tribunales superiores de Justicia).
- De las recusaciones contra magistrados de la misma sala (art. 60).
  - De las cuestiones de competencia entre juzgados y tribunales del orden civil que no tengan otro superior común (art. 60).

#### **3.3.2. Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo.**

Conoce del recurso de revisión y casación en sus distintas modalidades así como de la Instrucción y Enjuiciamiento de las causas seguidas contra presidente del Gobierno, altos cargos del Estado y magistrados de la Audiencia Nacional y de los tribunales superiores de Justicia.

Además de las competencias atribuidas a las salas de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Supremo que acabamos de describir, dichas salas conocerán de la tramitación y enjuiciamiento de las acciones civiles y penales, respectivamente, dirigidas contra la reina consorte o el consorte de la reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, así como contra el rey o reina que hubiere abdicado y su consorte.

#### **3.3.3. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.**

Conoce en única instancia de los recursos contra actos del Consejo de Ministros y altos órganos del Estado que la ley determine. También conocerá de los recursos de revisión y

casación en sus distintas modalidades.

### **3.3.4. Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo.**

Conoce del recurso de revisión y casación en sus distintas modalidades.

### **3.3.5. Sala del art. 61 LOPJ**

La Sala Especial e Innominada regulada en el artículo 61.1 que, como hemos dicho, está formada por el presidente del Tribunal Supremo, los presidentes de sala y el magistrado más antiguo y el más moderno de cada sala conoce, *aparte del orden contencioso-administrativo*, de:

- Recusaciones del presidente del Tribunal Supremo, de presidentes de sala y de más de dos magistrados de una sala.
- Demandas de responsabilidad civil contra los presidentes de sala o contra todos o la mayor parte de los magistrados de una sala por hechos cometidos en el ejercicio del cargo.
- Instrucción y enjuiciamiento de las causas contra presidentes de sala o contra todos o la mayor parte de los magistrados de una sala. En este caso, se designará, de entre los miembros de la sala, un instructor, el cual no podrá formar lego parte del órgano enjuiciador.
- Declaraciones de error judicial cuando se impute a una sala del Tribunal Supremo.
- Procesos de declaración de ilegalidad y consecuente disolución de los partidos políticos (LO 6/2002, de 27 de junio).

## **4. Los tribunales superiores de Justicia.**

### **4.1. Fundamento constitucional y creación.**

La CE regula los TSJ en el art. 152.1, del que se deduce que:

- Los estatutos de las comunidades autónomas "más avanzadas", las constituidas por la vía del art. 151 y similares, debían aludir a la constitución del mismo.
- En las demás comunidades, las que lograran la autonomía por el art. 143, la creación del Tribunal era sólo posible, no viniendo impuesto por la CE.

Tras promulgarse la CE de 1978, se aprobaron los 17 estatutos de autonomía. En todos ellos, menos en el de La Rioja (tampoco en los de Ceuta y Melilla, lógicamente), se previó la creación del Tribunal Superior, diciendo que culminará la organización judicial en el territorio de la Comunidad. Después, la LOPJ estableció un tribunal en cada comunidad autónoma (también en La Rioja, si bien en la redacción de EA de la LO 2/1999, de 7 enero, ya se habló de este Tribunal Superior), el cual "tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de ésta" (art. 71). Los nuevos estatutos mantienen la referencia a estos tribunales.

#### **4.2. Sede**

La LOPJ no establece la sede de estos tribunales, sino que la disposición adicional segunda se limita a remitirse a lo dispuesto en los estatutos de autonomía. En algunos de ellos se contiene disposición expresa sobre este punto, como es el caso del Estatuto de Castilla-La Mancha (en su art. 23 fija la sede en Albacete), pero en otros no existe norma expresa y, para ellos, la citada D.A... 2ª prevé tres supuestos:

-Si el estatuto de autonomía guarda silencio sobre el tema, el Tribunal Superior de Justicia tendrá su sede en la misma ciudad donde radicaba la Audiencia Territorial.

-Si en la comunidad autónoma no existía antes Audiencia Territorial, el Tribunal Superior tendrá su sede en la capital de la comunidad, y

-En las comunidades autónomas donde antes hubiera más de una Audiencia Territorial (caso de Andalucía y Castilla y León), la fijación de la sede corresponde a la comunidad, que lo hará precisamente en una de las sedes de las audiencias territoriales. Esta fijación se ha hecho de las dos maneras previstas en el párrafo 3 de la D.A 2ª, y así son el Acuerdo del Parlamento Andaluz de 30 de junio de 1982, que fijó la sede en Granada, y la Ley 14/1987, de 29 de diciembre, de Castilla y León, que fijó la sede en Burgos.

#### **4.3. Composición**

Cada uno de los tribunales superiores de Justicia se compone de 1 presidente del mismo, que es también al mismo tiempo presidente de la Sala de lo Civil y Penal, de los presidentes de sala y de un número variable de magistrados.

El Tribunal Superior se compone de tres salas:



- a) Sala de lo Civil y Penal.
- b) Sala de lo Contencioso-Administrativo.
- c) Sala de lo Social.

Se compondrá de un presidente, que lo será también de su sala de lo Civil y Penal, y tendrá la consideración de magistrado del Tribunal Supremo mientras desempeñe el cargo; de los presidentes de sala y de los magistrados que determine la ley para cada una de las salas y, en su caso, de las secciones que puedan crearse dentro de ellas.

A estas salas normales hay que añadir la especial y no permanente de recusaciones, regulada en el art. 77 de la LOPJ, y compuesta del presidente del Tribunal Superior de Justicia, los presidentes de sala y el magistrado más moderno de cada una de ellas.

El art. 72.2 prevé la posibilidad de que la cantidad de trabajo determine la existencia de secciones dentro de las salas, pero ello no ha sucedido en la Sala de lo Civil y Penal.

#### **4.4. Atribuciones de las salas.**

##### **4.4.1. Sala de lo Civil**

La competencia de estas salas no es igual en todos los tribunales superiores, pues depende la existencia o de derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad. Las competencias son:

- De los recursos de casación y de revisión contra sentencias de los órganos del orden civil de la comunidad autónoma, siempre que el recurso o la sentencia se base en derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad y así se prevea en el correspondiente estatuto de autonomía.
- En única instancia de las demandas de responsabilidad civil por hechos cometidos en el ejercicio del cargo contra:
  - Presidente y miembros del Gobierno de la comunidad autónoma y de la Asamblea Legislativa, cuando así lo establezca el Estatuto de autonomía.
  - Todos o la mayor parte de los magistrados de una audiencia provincial o de una de sus secciones.
  - Cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en

la comunidad autónoma.

#### **4.4.2. Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ**

Conoce en única instancia de recursos contra actos que expresamente les atribuye la ley y los recursos contra disposiciones de carácter general. También conoce del recurso de casación para unificación de la doctrina y en interés de ley cuando se refiera respectivamente a resoluciones dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo, o leyes autonómicas.

#### **5.4.3. Sala de lo Social del TSJ**

Conoce en única instancia de controversias que afecten a intereses de trabajadores y empresarios en ámbito superior a un Juzgado de lo Social. También conoce de los recursos de suplicación contra sentencias dictadas por los juzgados mercantiles de contenido laboral.

Otros órganos jurisdiccionales son la Audiencia Nacional, las audiencias provinciales, los juzgados (órganos unipersonales) de Primera Instancia, de Instrucción, los de Familia, de lo Mercantil y de Paz, que no son objeto de este tema.

### **5. El Ministerio Fiscal**

#### **5.1. Concepto y posición constitucional.**

Define CONDE-PUMPIDO FERREIRO el Ministerio Fiscal como un órgano autónomo del Estado, constituido para el funcionamiento de la justicia e integrado autónomamente en el poder judicial, y con la misión de defender la legalidad democrática, promover los intereses públicos y sociales que pertenecen al pueblo constituido en Estado, tutelar los derechos de los ciudadanos y velar por la independencia de los tribunales.

La Constitución, en el título VI dedicado al "poder judicial", se refiere al Ministerio Fiscal, y dispone su art. 124 que:

"1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la

satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (mandato que se ha hecho efectivo con la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal).

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial".

## **5.2. Organización**

Los principios que regulan la organización y régimen jurídico interno de la institución del Ministerio Fiscal son el de unidad (orgánica, territorial y funcional); y el de dependencia jerárquica.

### **5.2.1 Unidad orgánica, territorial y funcional.**

El principio de unidad se deduce de lo que está desarrollado en el art. 22 de la Ley 50/1981, que dispone:

"1. El Ministerio Fiscal es único para todo el Estado.

2. El fiscal general del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español. A él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal.

5. El fiscal jefe de cada órgano ejercerá la dirección de éste y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del fiscal general del Estado.

6. El teniente fiscal, en las fiscalías donde exista, asumirá las funciones de dirección o coordinación que le delegue el fiscal jefe, y sustituirá a éste en caso de ausencia, vacante o imposibilidad".

El principio de unidad se manifiesta, desde el punto de vista territorial, en una estructura

orgánica centralizada a nivel estatal. La distribución orgánica del Ministerio Público sobre la base del territorio, ya se trate de comunidades autónomas o provincias, atiende exclusivamente a un criterio de racionalización en la distribución del trabajo y a una presencia permanente del Ministerio Fiscal ante los distintos órganos jurisdiccionales.

Así, los órganos del Ministerio fiscal, recogidos en el art. 12 de la Ley 50/1981, son:

- 1) El fiscal general del Estado.
- 2) El Consejo Fiscal.
- 3) La Junta de fiscales de sala.
- 4) La Junta de fiscales superiores de las comunidades autónomas.
- 5) La Fiscalía del Tribunal Supremo.
- 6) La Fiscalía ante el Tribunal Constitucional.
- 7) La Fiscalía de la Audiencia Nacional.
- 8) Las fiscalías especiales.
- 9) La Fiscalía del Tribunal de Cuentas, que se regirá por lo dispuesto en la ley orgánica de dicho tribunal.
- 10) La Fiscalía Jurídico-Militar.
- 11) Las fiscalías de las comunidades autónomas.
- 12) Las fiscalías provinciales.
- 13) Las fiscalías de área.

### **5.2.2. Dependencia jerárquica**

La unidad funcional o de actuación con la que se concibe el Ministerio Fiscal exige una organización piramidalmente, de modo que cada uno de sus miembros actúa según las instrucciones recibidas del fiscal jefe respectivo y éstos, a su vez, en función de las instrucciones que reciban del fiscal general del Estado.

Para garantizar el funcionamiento vertical del Ministerio Público, el fiscal general del Estado podrá impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. Análogas

facultades tendrán los fiscales superiores de las comunidades autónomas respecto a los fiscales jefes de su ámbito territorial y ambos respecto a los miembros del Ministerio Fiscal subordinados (art. 25.1 y 3 Ley 50/1981).

También podrá el fiscal general del Estado llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas instrucciones al fiscal jefe respectivo. La misma función ejercerán los fiscales superiores de las comunidades autónomas dentro de su territorio (arts. 26 y 22.4 Ley 50/1981).

Esta dependencia encuentra en el Estatuto las siguientes limitaciones: 1) El derecho-deber del inferior a objetar y no cumplir las órdenes cuyo ejercicio estime improcedente o contrario a las leyes (arts. 6.20 y 27 Ley 50/1981); 2) La validez *ad extra* de la actuación realizada incumpliendo una orden, en cuanto que expresión de la voluntad y criterio del Ministerio Fiscal, generando en todo caso una responsabilidad de orden interno; y 3) La eficacia sólo en lo que hace a las actuaciones escritas, dado que, en las intervenciones orales, los miembros del Ministerio Fiscal son libres y sólo vienen obligados al expresarlas a respetar el cumplimiento del bien de la justicia (art. 25.4 Ley 50/1981).

### **5.3. Funciones del Ministerio fiscal**

El art. 124.1 CE confiere al Ministerio Fiscal las funciones que ya han sido enumeradas. La Ley 50/1981 desarrolla las siguientes:

- Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando las acciones, recursos y actuaciones pertinentes.
- Ejercer cuantas funciones le atribuya la ley en defensa de la independencia de

los jueces y tribunales.

- Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos

fundamentales y libertades públicas con las actuaciones que exija su defensa.

-Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda.



- Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos o instruyendo directamente el procedimiento en el ámbito de 10 dispuesto en la Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas diligencias que estime oportunas.
- Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.
- Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.
- Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales, promoviendo los conflictos de jurisdicción y las cuestiones de competencia procedentes, e intervenir en las promovidas por otros.
- Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social.
- Velar por la protección procesal de las víctimas y por la protección de testigos y peritos, promoviendo los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas.
- Intervenir en los procesos judiciales de amparo así como en las cuestiones de inconstitucionalidad en los casos y forma previstos en la Ley orgánica del tribunal constitucional.
- Interponer el recurso de amparo constitucional, así como intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma en que las leyes establezcan.
- Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica, debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor.
- Intervenir en los supuestos y en la forma prevista en las leyes en los proce-



dimientos ante el Tribunal de Cuentas. Defender la legalidad en los procesos contencioso-administrativos y laborales que prevén su intervención.

- Promover o prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales.
- Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico estatal le atribuya.

Con carácter general, la intervención del fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos, siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas para la validez del acto de que se trate. La intervención del fiscal en los procesos no penales, salvo que la ley disponga otra cosa o actúe como demandante, se producirá en último lugar (art. 3 Ley 50/1981).

**VICENTE CALVO DEL CASTILLO**

INTERVENTOR TESORERO Y SECRETARIO-INTERVENTOR DE ADMINISTRACIÓN LOCAL

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA,**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA**

García Morillo y Espín Templado (en colaboración) *Derecho constitucional*, 2 volúmenes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) *Temas de derecho constitucional*, Editorial Aranzadi, 2000

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho constitucional*, 2 volúmenes, editorial Tecnos

M. Satrústegui (en colaboración) *Derecho constitucional*, 2 volúmenes. Tirant Lo Blanc, Valencia 2007

Luis María Cazorla Prieto (en colaboración) *Temas de derecho constitucional*, Editorial Aranzadi, 2000

Francisco Balaguer Callejón (en colaboración), *Derecho constitucional*, 2 volúmenes, editorial Tecnos



## **TEMA 10**

**EL GOBIERNO. SU COMPOSICIÓN.  
NOMBRAMIENTO Y CESE. LAS FUNCIONES DEL  
GOBIERNO. EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO.  
LOS MINISTROS. LA ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES  
INFORMADORES DE LA ORGANIZACIÓN Y DE  
LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.  
GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN: CONTROL DE  
LOS ACTOS POLÍTICOS.**

## **TEMA 10. EL GOBIERNO. SU COMPOSICIÓN. NOMBRAMIENTO Y CESE. LAS FUNCIONES DEL GOBIERNO. EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO. LOS MINISTROS. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INFORMADORES DE LA ORGANIZACIÓN Y DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN: CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS.**

### **I. EL GOBIERNO**

El artículo 97 de la Constitución establece que el Gobierno “dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

La regulación del Gobierno está contenida en la propia Constitución y, en desarrollo de sus previsiones, en la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

#### **1. SU COMPOSICIÓN**

De acuerdo con el artículo 98 de la Constitución, “el Gobierno se compone del presidente, de los vicepresidentes, en su caso, de los ministros y de los demás miembros que establezca la ley”.

Los miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros y en comisiones delegadas.

El *Consejo de Ministros* es el órgano colegiado del Gobierno por excelencia, regulado en el artículo 5 de la Ley del Gobierno, que le asigna las siguientes atribuciones:

- a) Aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.
- b) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.
- c) Aprobar los Reales Decretos-leyes y los Reales Decretos Legislativos.
- d) Acordar la negociación y firma de Tratados internacionales, así como su aplicación provisional.
- e) Remitir los Tratados internacionales a las Cortes Generales en los términos previstos en los artículos 94 y 96.2 de la Constitución.
- f) Declarar los estados de alarma y de excepción y proponer al Congreso de los Diputados

la declaración del estado de sitio.

- g) Disponer la emisión de Deuda Pública o contraer crédito, cuando haya sido autorizado por una Ley.
- h) Aprobar los reglamentos para el desarrollo y la ejecución de las leyes, previo dictamen del Consejo de Estado, así como las demás disposiciones reglamentarias que procedan.
- i) Crear, modificar y suprimir los órganos directivos de los Departamentos Ministeriales.
- j) Adoptar programas, planes y directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración General del Estado.
- k) Ejercer cuantas otras atribuciones le confieran la Constitución, las leyes y cualquier otra disposición.

A las reuniones del Consejo de Ministros podrán asistir los Secretarios de Estado y excepcionalmente otros altos cargos, cuando sean convocados para ello. Sus deliberaciones serán secretas.

Las *comisiones delegadas*, por su parte, están reguladas en el artículo 6 de la Ley del Gobierno. Reúnen a varios ministros con el fin de tratar y, en su caso, resolver las cuestiones que afectan en común a sus ministerios, aunque también podrán ser convocados a sus reuniones los titulares de aquellos otros órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado que se estime conveniente.

La creación, modificación y supresión de las comisiones delegadas del Gobierno será acordada por el Consejo de Ministros mediante Real Decreto, a propuesta del Presidente del Gobierno.

El Real Decreto de creación de una Comisión Delegada deberá especificar, en todo caso:

- a) El miembro del Gobierno que asume la presidencia de la Comisión.
- b) Los miembros del Gobierno y, en su caso, Secretarios de Estado que la integran.
- c) Las funciones que se atribuyen a la Comisión.
- d) El miembro de la Comisión al que corresponde la Secretaría de la misma.
- e) El régimen interno de funcionamiento y en particular el de convocatorias y suplencias.

Sus atribuciones son las siguientes:

- a) Examinar las cuestiones de carácter general que tengan relación con varios de los Departamentos Ministeriales que integren la Comisión.
- b) Estudiar aquellos asuntos que, afectando a varios Ministerios, requieran la elaboración de una propuesta conjunta previa a su resolución por el Consejo de Ministros.
- c) Resolver los asuntos que, afectando a más de un Ministerio, no requieran ser elevados al Consejo de Ministros.
- d) Ejercer cualquier otra atribución que les confiera el ordenamiento jurídico o que les delegue el Consejo de Ministros.

Al igual que en el Consejo de Ministros, las deliberaciones de las comisiones delegadas del Gobierno serán secretas.

Además, el Gobierno cuenta con los siguientes órganos de colaboración y apoyo

- La Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios (artículo 8 de la Ley del Gobierno). La preside un Vicepresidente del Gobierno o, en su defecto, el Ministro de la Presidencia, y está integrada por los titulares de las Secretarías de Estado y por los Subsecretarios de los distintos Departamentos Ministeriales, pudiendo asistir igualmente a sus reuniones el Abogado General del Estado y aquellos altos cargos con rango de Secretario de Estado o Subsecretario que sean convocados por el Presidente por razón de la materia de que se trate.

Ejerce las siguientes atribuciones:

- a) El examen de todos los asuntos que vayan a someterse a aprobación del Consejo de Ministros, excepto los nombramientos, ceses, ascensos a cualquiera de los empleos de la categoría de oficiales generales y aquéllos que, excepcionalmente y por razones de urgencia, deban ser sometidos directamente al Consejo de Ministros.
  - b) El análisis o discusión de aquellos asuntos que, sin ser competencia del Consejo de Ministros o sus Comisiones Delegadas, afecten a varios Ministerios y sean sometidos a la Comisión por su presidente.
- El Secretariado del Gobierno (artículo 9 de la Ley del Gobierno). Es un órgano de apoyo del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, y, además, de asistencia al Ministro de

la Presidencia. En esta última calidad, ejerce las siguientes funciones:

- a) Los trámites relativos a la sanción y promulgación real de las leyes aprobadas por las Cortes Generales y la expedición de los Reales Decretos.
  - b) La tramitación de los actos y disposiciones del Rey cuyo refrendo corresponde al Presidente del Gobierno.
  - c) La tramitación de los actos y disposiciones que el ordenamiento jurídico atribuye a la competencia del Presidente del Gobierno.
- Los gabinetes (artículo 10 de la Ley del Gobierno). Son órganos de apoyo político y técnico del presidente del Gobierno, de los vicepresidentes, de los ministros y de los secretarios de Estado. Sus miembros realizan tareas de confianza y asesoramiento especial, sin que en ningún caso puedan adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración general del Estado o de las organizaciones adscritas a ella, sin perjuicio de su asistencia o pertenencia a órganos colegiados que adopten decisiones administrativas.

## **2. NOMBRAMIENTO Y CESE**

El artículo 99 de la Constitución regula el nombramiento del presidente del Gobierno:

- "1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el rey, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.
2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.
3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el rey lo nombrará presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.
4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se

tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.

5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el rey disolverá ambas cámaras y convocará nuevas elecciones con el refrendo del presidente del Congreso”.

Los demás miembros del Gobierno son nombrados y separados por el rey, a propuesta de su presidente, de acuerdo con el artículo 100 de la Constitución.

En cuanto al cese, dispone el artículo 101 de la Constitución que “el Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución o por dimisión o fallecimiento de su presidente”. En estos casos, el Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

Por lo demás, la Ley del Gobierno establece los requisitos de acceso al cargo de los miembros del Gobierno (artículo 11.1):

“Para ser miembro del Gobierno se requiere ser español, mayor de edad, disfrutar de los derechos de sufragio activo y pasivo, así como no estar inhabilitado para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme y reunir el resto de requisitos de idoneidad previstos en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado”.

De acuerdo con el artículo 2 de la citada Ley 3/2015, son idóneos quienes reúnen honorabilidad y la debida formación y experiencia en la materia, en función del cargo que vayan a desempeñar.

Se considera que no concurre la honorabilidad en quienes hayan sido:

- a) Condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, hasta que se haya cumplido la condena.
- b) Condenados por sentencia firme por la comisión de delitos de falsedad; contra la libertad; contra el patrimonio y orden socioeconómico, la Constitución, las instituciones del Estado, la Administración de Justicia, la Administración Pública, la Comunidad Internacional; de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional; y contra el orden público, en especial, el terrorismo, hasta que los

antecedentes penales hayan sido cancelados.

c) Los inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

d) Los inhabilitados o suspendidos para empleo o cargo público, durante el tiempo que dure la sanción, en los términos previstos en la legislación penal y administrativa.

e) Los sancionados por la comisión de una infracción muy grave de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, durante el periodo que fije la resolución sancionadora.

En cuanto a la formación y la experiencia, en la valoración de la formación se tendrán en cuenta los conocimientos académicos adquiridos y en la valoración de la experiencia se prestará especial atención a la naturaleza, complejidad y nivel de responsabilidad de los puestos desempeñados, que guarden relación con el contenido y funciones del puesto para el que se le nombra.

Los miembros del Gobierno, como los demás altos cargos de la Administración general del Estado, deberán suscribir una declaración responsable en la que manifestarán, bajo su responsabilidad, que cumplen con los requisitos de idoneidad para ser nombrado alto cargo, especialmente la ausencia de causas que impidan la honorabilidad requerida y la veracidad de los datos suministrados, que disponen, cuando sea susceptible de ello, de la documentación que así lo acredita, y que se comprometen a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo que ocupen el puesto.

Esta declaración responsable, cumplimentada de acuerdo con el modelo diseñado por la Oficina de Conflictos de Intereses, será remitida a la mencionada Oficina por los miembros del Gobierno. Asimismo, los miembros del Gobierno remitirán a la Oficina de Conflictos de Intereses, si ésta se lo solicita, la documentación que acredite el cumplimiento de los requisitos de idoneidad conforme a la declaración responsable suscrita.

### **3. LAS FUNCIONES DEL GOBIERNO**

El Gobierno tiene asignadas diversas funciones constitucionales: ejerce la iniciativa legislativa (artículos 87 y 88 de la CE); establece las directrices políticas del Estado (artículo 97 de la CE); responde de su gestión política ante el Congreso de los Diputados

(artículo 108 de la CE); su presidente puede plantear la cuestión de confianza ante el Congreso (artículo 112 de la CE) y se le puede exigir la responsabilidad política mediante una moción de censura (artículo 113 de la CE); su presidente puede proponer la disolución de las cámaras legislativas (artículo 115 de la CE); le corresponde proponer al rey el nombramiento del fiscal general del Estado (artículo 124 de la CE), etc.

Junto a estas funciones, el Gobierno es, además, sujeto de actividad administrativa. Principalmente, ejerce la potestad reglamentaria (artículo 97 de la CE) y, por tanto, está sujeto al oportuno control jurisdiccional (artículo 106.1 de la CE) y a los condicionamientos para la elaboración de las disposiciones administrativas (artículo 105.a de la CE).

La Ley del Gobierno concreta pormenorizadamente algunas de las funciones del Gobierno que, de modo genérico, regula la CE. En particular, su Título V se ocupa del ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria, en el marco de lo establecido por el Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

De acuerdo con el artículo 25 de la Ley del Gobierno, éste aprobará anualmente un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legislativas o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente. El Plan Anual Normativo identificará, con arreglo a los criterios que se establezcan reglamentariamente, las normas que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, atendiendo fundamentalmente al coste que suponen para la Administración o los destinatarios y las cargas administrativas impuestas a estos últimos. Este Plan Anual Normativo estará coordinado por el Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la congruencia de todas las iniciativas que se tramiten y de evitar sucesivas modificaciones del régimen legal aplicable a un determinado sector o área de actividad en un corto espacio de tiempo, debiendo ser elevado al Consejo de Ministros para su aprobación antes del 30 de abril.

Según el artículo 24 de la Ley del Gobierno, las decisiones del Gobierno de la Nación y de sus miembros revisten las formas siguientes:

- a) Reales Decretos Legislativos y Reales Decretos-leyes, las decisiones que aprueban, respectivamente, las normas previstas en los artículos 82 y 86 de la Constitución.
- b) Reales Decretos del Presidente del Gobierno, las disposiciones y actos cuya adopción



venga atribuida al Presidente.

- c) Reales Decretos acordados en Consejo de Ministros, las decisiones que aprueben normas reglamentarias de la competencia de éste y las resoluciones que deban adoptar dicha forma jurídica.
- d) Acuerdos del Consejo de Ministros, las decisiones de dicho órgano colegiado que no deban adoptar la forma de Real Decreto.
- e) Acuerdos adoptados en Comisiones Delegadas del Gobierno, las disposiciones y resoluciones de tales órganos colegiados. Tales acuerdos revestirán la forma de Orden del Ministro competente o del Ministro de la Presidencia, cuando la competencia corresponda a distintos Ministros.
- f) Órdenes Ministeriales, las disposiciones y resoluciones de los Ministros. Cuando la disposición o resolución afecte a varios Departamentos revestirá la forma de Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministros interesados.

#### **4. EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO**

El presidente dirige y coordina la acción del Gobierno, como pone de manifiesto el artículo 98.2 de la CE función del presidente establecer el programa político del Gobierno y determinar las directrices de la política gubernativa, tanto interior, como exterior y de defensa. Asimismo, convoca, preside y fija el orden del día de las reuniones del Consejo de Ministros, crea, suprime y modifica los departamentos ministeriales y las secretarías de Estado, imparte instrucciones a los ministros y resuelve los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los ministerios (artículo 2.2 de la Ley del Gobierno).

El presidente tiene, además, funciones constitucionales propias, como son las de representar al Gobierno; proponer al rey, previa deliberación del Consejo de Ministros, la disolución de las cámaras parlamentarias y la consiguiente convocatoria de elecciones; plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza, igualmente previa deliberación del Consejo de Ministros; proponer al rey la convocatoria de referéndum consultivo, previa autorización del Congreso de los Diputados; refrendar, en su caso, los actos del rey y someterle para su sanción las normas con rango de ley; interponer recursos de inconstitucionalidad y proponer al rey el nombramiento de los vicepresidentes y ministros (artículos 62, 64, 92, 100, 112, 115 y 162.1.a de la CE y artículo 2.2 de la Ley

del Gobierno). Asimismo, el presidente del Gobierno tendrá las funciones que le puedan corresponder en virtud de leyes especiales.

El presidente puede delegar el ejercicio de las competencias propias en los vicepresidentes o en los ministros, pero no las que le atribuye directamente la CE ni las atribuidas por una ley que prohíba expresamente la delegación (artículo 20 de la Ley del Gobierno).

Las disposiciones y resoluciones del presidente del Gobierno revisten la forma de reales decretos del presidente del Gobierno y como tales se publican.

## **5. LOS MINISTROS**

La Administración general del Estado se estructura en departamentos ministeriales, al frente de los cuales se encuentran los ministros, que tienen la doble condición de miembros del Gobierno, por un lado, y de jefes superiores de la Administración (artículo 60.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público) por otra. Entre el Gobierno y los ministros no existe una relación de jerarquía, sino de dirección y de coordinación. La jerarquía administrativa culmina en el ministro de cada departamento. De ahí que los actos y decisiones de los ministros pongan fin a la vía administrativa (artículo 114.2, letra a) y b), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas), es decir, no cabe contra ellos alzada ante el Consejo de Ministros ni ante el presidente del Gobierno.

Aunque generalmente los ministros son a la vez miembros del Gobierno y jefes superiores de su departamento, cabe la posibilidad de que existan también ministros sin ministerio (o ministros sin cartera), a los que se les atribuirá la responsabilidad de determinadas funciones gubernamentales. En caso de que existan Ministros sin cartera, por Real Decreto se determinará el ámbito de sus competencias, la estructura administrativa, así como los medios materiales y personales que queden adscritos al mismo (artículo 4.2 de la Ley del Gobierno).

Los ministros son nombrados y separados por el rey a propuesta del presidente del Gobierno (artículo 100 de la CE), siguiendo razones de confianza política. Como miembros del Gobierno participan en el Consejo de Ministros y, en su caso, en las comisiones delegadas del Gobierno y son políticamente responsables de sus actividades y las de su departamento, responsabilidad política que puede ser exigida por las Cortes Generales a

través de los instrumentos de control parlamentario (informaciones, comparecencias, interpelaciones, preguntas o mociones, ex. artículos 109 a 111 de la CE).

En su condición de miembros del Gobierno, les corresponden las funciones que establece el artículo 4.1 de la Ley del Gobierno, sin perjuicio de las que les atribuye el artículo 61 de la Ley 40/2015 como titulares de su departamento. Las funciones recogidas en el artículo 4.1 de la Ley del Gobierno son las siguientes:

- a) Desarrollar la acción del Gobierno en el ámbito de su departamento, de conformidad con los acuerdos adoptados en Consejo de Ministros o con las directrices del presidente del Gobierno.
- b) Ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento.
- c) Ejercer cuantas otras competencias les atribuyan las leyes, las normas de organización y funcionamiento del Gobierno y cualesquiera otras disposiciones.
- d) Refrendar, en su caso, los actos del rey en materia de su competencia.

Las disposiciones y resoluciones que dicten los ministros revisten la forma de órdenes ministeriales y así se publican (indicando el ministerio del que proceden mediante la correspondiente clave).

## **II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:**

El artículo 103.1 de la CE 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”.

Este precepto hace referencia, en primer lugar, al carácter vicarial o servicial de la Administración pública (“sirve con objetividad los intereses generales”); señala a continuación algunos de sus principios informadores, que el legislador ha completado principalmente en la Ley 40/2015 y, finalmente, declara el sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho.

Cuando señala que la Administración “*sirve con objetividad los intereses generales*” el constituyente parte de la base de que la Administración pública es un poder servicial, no al servicio de un determinado Gobierno y menos del partido político gobernante, sino de los

“intereses generales”. El servicio objetivo a los intereses generales impone, además, la neutralidad política de la Administración (“sirve con objetividad...”), exigencia coherente, por otra parte, con la separación que la CE establece entre el Gobierno (como órgano de dirección política) y la Administración (como organización servicial dirigida por el Gobierno), a la que más adelante nos referiremos. Esta neutralidad política reclama la existencia de una función pública profesionalizada –bajo la garantía de la imparcialidad- y protegida de la discrecionalidad política. De ahí que el apartado 3 de este mismo artículo 103 ordene al legislador la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Por su parte, la cláusula de *sometimiento pleno a la ley y al derecho*, expresada como cláusula general, evita ámbitos inmunes de control de la actuación de la Administración y refuerza la garantía para la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la CE. La aspiración, ya realizada a estas alturas de andadura constitucional, de lograr el sometimiento “pleno” ha necesitado contar con otra pieza fundamental de la CE que se encuentra en el artículo 106.1:

“Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”.

Veremos más adelante una de sus consecuencias más importantes cual es la fiscalización de los actos políticos del Gobierno.

Por último, el artículo 103 enumera una serie de los principios informadores de la organización y actuación de la Administración, a los que nos referiremos más detalladamente.

El artículo 3 de la Ley 40/2015, después de reiterar que las Administraciones públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la CE, a la ley y al derecho, añade que deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:

a) Servicio efectivo a los ciudadanos.

- b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
- c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
- d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.
- e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.
- f) Responsabilidad por la gestión pública.
- g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.
- h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.
- i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.
- j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
- k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las administraciones públicas.

## **1. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES INFORMADORES DE LA ORGANIZACIÓN Y DE LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN:**

Son muchos y variados los principios que se proyectan sobre la organización y la actuación de la Administración pública, pero centrándonos en los que ha recogido la CE y los que han sido positivizados por el legislador como consecuencia directa de los mandatos constitucionales, podemos aludir –siguiendo a SANZ LARRUGA– a tres modalidades de principios: en primer lugar, los que afectan con carácter general a todas las Administraciones públicas; en segundo lugar, los que debe seguir la Administración en sus relaciones con los ciudadanos y, por último, aquellos que orientan las relaciones entre las diferentes Administraciones públicas.

### **A. Principios generales de la actuación administrativa:**

#### *a) El principio de la eficacia*

Partiendo de la esencial funcionalidad de la Administración pública española, es decir, el *servicio a los intereses generales*, este servicio debe cumplirse –por mandato constitucional– *con eficacia* (cfr. artículo 103.1 de la CE). La eficacia administrativa es un principio jurídico constitucional que tiene su anclaje en la cláusula del Estado social

proclamado en el artículo 1.1 de la CE del que derivan una serie de valores, bienes y principios. Si bien la eficacia se proyecta en la CE, con carácter general, sobre la acción de todos los poderes públicos desempeña una función específica sobre la organización administrativa, justamente en cuanto instrumento servicial de la ejecución de las leyes y la prestación de los servicios públicos.

Como señala PAREJO ALFONSO, “el principio de eficacia proclamado en el artículo 103.1 de la CE implica, en último término, *la necesidad jurídica de la realización en cada momento histórico, de la situación consistente en la plena, satisfactoria y coherente efectividad del interés general*, entendido como síntesis de la pluralidad de concretos intereses, valores o bienes protegidos simultáneamente por la comunidad jurídica y encomendados precisamente al poder público administrativo”.

El principio de eficacia ha calado hondamente en el grupo normativo relativo al régimen de las administraciones públicas y equivale a lo que genérica y tradicionalmente se ha llamado “buena administración”.

#### *b) El principio de descentralización*

El principio de descentralización proclamado en la CE tiene su fundamento axiológico en la cláusula del Estado democrático que persigue un valor superior del ordenamiento jurídico: el *pluralismo* (artículo 1.1). La descentralización es un concepto político y jurídico que se utiliza para explicar muy diferentes realidades pero que aplicado a la Administración pública remite primariamente a la idea de una *mayor proximidad de la gestión administrativa al ciudadano*.

La descentralización, y su opuesto, la centralización (por lo que, claramente no opta la CE), “hace referencia –según ARIÑO ORTIZ– al modo de *organizarse la acción administrativa* del Estado, entendido este como *complejo organizativo*, integrado por una *diversidad de centros* de poder”. En todo caso –y pese a su compatibilidad– debe distinguirse la descentralización de la autonomía; como señala MEILÁN GIL, esta supone “la atribución de competencias inmediata y mediatamente derivadas de la CE”, mientras que aquella implica “un traspaso de competencias habilitado –y querido– por la CE”.

El principio de descentralización, tal como es proclamado en el artículo 103.1 de la CE, se proyecta principalmente sobre cada Administración pública, que debe actuar

descentralizadamente sus competencias propias a través de las administraciones públicas inferiores; esta actuación descentralizada se puede alcanzar, como explica SANTAMARÍA PASTOR, mediante dos vías: por un lado, cada Administración pública superior debe conferir a las inferiores un nivel de participación en el ejercicio de sus competencias propias para la adecuada defensa y gestión de sus intereses; por otro lado, cada Administración superior debe tender a confiar a las administraciones públicas inferiores la gestión concreta de las potestades administrativas que no exijan gestión centralizada a través de transferencia o delegación de esas potestades.

### *c) El principio de jerarquía*

El principio de jerarquía constituye la regla tradicional de estructuración interna de la organización administrativa. Sin embargo, el modelo organizativo piramidal y jerarquizado que dominó la organización administrativa preconstitucional ha sufrido numerosas transformaciones, principalmente como consecuencia del nuevo modelo territorial del Estado y la multiplicación de sujetos que comparten la realización de los intereses generales, incluso fuera del ámbito jurídico público, entre los que predomina, por encima de la idea de jerarquía, la de dirección o tutela.

## **B. Principios generales de las relaciones entre las administraciones públicas y los ciudadanos**

### *a) El servicio a los ciudadanos*

En conexión directa con el objetivo de servicio eficaz a los intereses generales que toda Administración está llamada a lograr, la perspectiva del “servicio a los ciudadanos” ha ido calando en el ordenamiento jurídico. Primero fue la Ley 30/1992 la que recogió este principio –en el artículo 3.2– y potenció la posición de los “ciudadanos” a través del reconocimiento de una serie de derechos –los enumerados en el artículo 35–, que pretenden marcar una nueva filosofía en la relación entre la Administración y los ciudadanos. Una nueva línea, enmarcada en el proceso de modernización de las administraciones públicas, que fue proseguida por la LOFAGE, donde también se contemplaba el “principio de servicio a los ciudadanos” (artículos 3.2.f) y 4), y que ahora tiene su continuidad en los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas consagrados en el artículo 13 de la Ley 39/2015 y en los



principios generales del artículo 3 de la Ley 40/2015.

El desarrollo de este principio se extiende en torno a tres aspectos fundamentales, recogidos en las letras a), b) y d) del artículo 3.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015: en primer lugar, el “servicio efectivo a los ciudadanos”; en segundo lugar, la “simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos”; y en tercer lugar, la “racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión”. Se trata, en definitiva, de aproximar la Administración pública a los postulados de la “nueva gestión pública”, que se caracteriza por una orientación al ciudadano-cliente, mayor libertad en la gestión de los recursos y el personal, medición del rendimiento, inversión en recursos tecnológicos y humanos y receptividad ante la competencia. En este sentido, el propio artículo 3.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015 menciona también los principios de “responsabilidad por la gestión pública”, “planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas” y “eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados”.

#### *b) La buena fe y la confianza legítima*

En la misma dirección de apertura de las Administraciones públicas hacia los ciudadanos se sitúa la positivización de dos principios que habían sido utilizados con anterioridad en la jurisprudencia administrativa, el de “buena fe” y el de “confianza legítima”, ahora recogidos en la letra e) del artículo 3.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015.

El principio de buena fe, con una larga tradición en el Derecho privado –y tras haberse superado las objeciones sobre su aplicación al Derecho administrativo–, ha venido siendo aplicado, con toda normalidad, por la jurisprudencia contencioso-administrativa. Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, la buena fe “constituye cauce para la integración de todo el ordenamiento jurídico conforme a la *idea de creencia y confianza*” y “puede contribuir a humanizar las relaciones entre administradores y administrados”; la aplicación del principio de buena fe –sigue diciendo este autor– permitirá al administrado *recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario* para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga.

En cuanto al “principio de la confianza legítima”, tiene su origen, tal como señala CASTILLO BLANCO, en la doctrina y jurisprudencia alemanas, siendo posteriormente



recibido en el derecho comunitario. En nuestro país es reciente su introducción por vía jurisprudencial, antes de ser incorporado a la Ley 30/1992 por la reforma llevada a cabo por la Ley 4/1999, de donde ha pasado a la vigente Ley 40/2015. La confianza legítima tiende a sobreponer la seguridad jurídica y la estabilidad a los cambios repentinos del proceder administrativo en sus relaciones con los ciudadanos, defendiendo la confianza de estos fundada en signos o actos externos que la Administración manifiestamente realiza.

*c) La participación, la objetividad y la transparencia*

La participación, la objetividad y la transparencia deben de orientar, asimismo, la actuación de las administraciones públicas en su relación con los ciudadanos (artículo 3.1, párrafo segundo, letra c), de la Ley 40/2015).

La CE encomienda a los poderes públicos “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” (artículo 9.2) y, correlativamente, reconoce el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (artículo 23.1). Además, y respecto a determinados ámbitos de la actividad administrativa, se reconoce expresamente el derecho de participación (artículo 27, derecho a la educación; artículo 48, participación de la juventud).

En cuanto a la objetividad, el artículo 103.1 de la CE proclama que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. En un Estado democrático de Derecho, la Administración obtiene su legitimidad de su carácter de instrumento objetivo al servicio de los intereses generales bajo la dirección del Gobierno y de su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho generados democráticamente, es decir, la Administración no puede tener intereses propios, sino que ha de servir los intereses generales tal como son definidos por los órganos políticos legitimados democráticamente y con estricto respeto al principio de legalidad. Pero, al mismo tiempo, el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley obliga a la Administración como organización, y a cada uno de sus empleados y agentes individualmente considerados, a desarrollar su actividad sin hacer acepción de personas, lo que no significa ignorar los intereses privados que se ven afectados por esa actividad, sino, justo al contrario, buscar su integración con los intereses generales. Asimismo, la objetividad de la Administración tiene un componente no menos importante de

racionalización de la toma de decisiones, que se relaciona de manera directa con el principio constitucional de eficacia de la actuación administrativa.

El principio de transparencia de las administraciones públicas –como trasunto de la objetividad y directamente relacionada con el de la participación– se proyecta en tensión dialéctica con el deber de secreto o de sigilo que en ciertos ámbitos es preciso salvaguardar. Aunque su operatividad se manifiesta especialmente sobre el derecho de acceso a los archivos y registros expresado en la CE (artículo 105.b), entendemos que en el sistema democrático todos los poderes públicos –y entre ellos la Administración– tienen, como dice GONZÁLEZ NAVARRO, el deber de “explicar, razonada y razonablemente, su actuación”. Además, la vigencia del principio de transparencia administrativa en el derecho comunitario, tanto en su derecho primario como derivado, va a propiciar su extensión y desarrollo.

Destacamos la promulgación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que tiene por objeto ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos.

La ley se aplica a todas las administraciones públicas y a todo el sector público estatal, así como a otras instituciones, como son la Casa de Su Majestad el Rey, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Banco de España, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas, en relación con las actividades sujetas a derecho administrativo.

La ley establece las obligaciones de publicación que afectan a las entidades públicas para garantizar la transparencia en su actividad y regula el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública.

Muchas comunidades autónomas han dictado también su propia normativa al respecto, como ha ocurrido en el caso de Galicia con la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno.

### **C. Principios generales en las relaciones interadministrativas**

Los principios generales que rigen las relaciones interadministrativas aparecen enunciados en el artículo 140.1 de la Ley 40/2015, y son los siguientes:

- a) Lealtad institucional.
- b) Adecuación al orden de distribución de competencias establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía y en la normativa del régimen local.
- c) Colaboración, entendido como el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes.
- d) Cooperación, cuando dos o más Administraciones Públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común.
- e) Coordinación, en virtud del cual una Administración Pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.
- f) Eficiencia en la gestión de los recursos públicos, compartiendo el uso de recursos comunes, salvo que no resulte posible o se justifique en términos de su mejor aprovechamiento.
- g) Responsabilidad de cada Administración Pública en el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos.
- h) Garantía e igualdad en el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos en sus relaciones con las diferentes Administraciones.
- i) Solidaridad interterritorial de acuerdo con la Constitución.

De ellos los principales, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, son la lealtad institucional, la cooperación y colaboración y la coordinación interadministrativa.

#### *a) La lealtad institucional*

La “lealtad institucional” se presenta en la vigente legislación administrativa como la *clave*

*de bóveda de las relaciones interadministrativas* (artículos 3.1, párrafo segundo, letra e), in fine, y 140.1, letra a), de la Ley 40/2015). Se trata, en definitiva, como señala SANTAMARÍA PASTOR, del “deber de los entes territoriales de comportarse con arreglo a los criterios de buena fe y de lealtad o fidelidad al sistema”; por parte del Estado, está obligado a aceptar el carácter plural del modelo territorial; y por parte de los entes territoriales inferiores, deben aceptar su pertenencia a un sistema superior.

La concreción del principio se articula mediante una serie de deberes mutuos entre las diferentes administraciones, primeramente restringidos a la Administración local (cfr. artículo 55 de la LBRL) y posteriormente generalizados para todas: respeto por cada Administración al ejercicio legítimo de las competencias de otras administraciones; ponderación por cada Administración de la totalidad de los intereses públicos implicados en el ejercicio de sus propias competencias; facilitación a las otras administraciones de la información necesaria para el ejercicio de sus competencias; cooperación y asistencia activa a las administraciones que lo soliciten.

#### *b) La cooperación y colaboración*

Como trasunto del deber recíproco de lealtad constitucional, la cooperación y colaboración resultan –como ha reconocido el Tribunal Constitucional (en adelante, TC)– fundamentales para el funcionamiento integrado del sistema, teniendo por objeto “flexibilizar y prevenir las disfunciones derivadas del sistema de distribución de competencias” (STC 214/1989). Si bien los principios de cooperación y colaboración no poseen rango constitucional, la jurisprudencia del TC se ha encargado –tempranamente– de destacar su importancia en la definición de la estructura territorial del Estado. Hoy están positivizados como principios generales de la relaciones interadministrativas en las letras c) y d) del artículo 140.1 de la Ley 40/2015:

c) Colaboración, entendido como el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes.

d) Cooperación, cuando dos o más Administraciones Públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común.

En tensión dialéctica con el concepto de coordinación, la cooperación se caracteriza –como

dice MENENDEZ REXACH– por ser voluntaria y por estar las entidades cooperantes en pie de igualdad jurídica, lo que impide que ninguna de ellas imponga a la otra su decisión. Por su parte, la colaboración constituye una actividad complementaria, auxiliar o coadyuvante, tiene a modo de contrapeso a la autonomía de las entidades territoriales, en garantía de la unidad del sistema, un sentido de contribución o asistencia a tareas que primariamente corresponden a otro o en las que el colaborador no es protagonista. En todo caso, el deber general de cooperación establecido en la legislación administrativa (LPAC y LBRL) engloba una variada gama de supuestos heterogéneos, cuyo único denominador común es la pretensión de *acentuar la visión de conjunto del sistema institucional en la actuación de las entidades que lo integran*, evitando que esa actuación se lleve a cabo desde perspectivas exclusivistas o aisladas.

### *c) La coordinación*

A diferencia de los principios antes reseñados, la coordinación es un principio constitucional que se vincula directamente a la actuación de las administraciones públicas (artículo 103.1 de la CE). Sin embargo, como destacó BLANCO DE TELLA, la coordinación más que un principio es un resultado. Y en este sentido, esta se relaciona íntimamente con los principios de colaboración y cooperación ya que –como dice MENÉNDEZ REXACH– la coordinación como resultado no se logra mediante cualquier modalidad de ejercicio de competencias propias, sino mediante su ejercicio cooperativo y colaborador.

La coordinación, además de constituir un *título competencial* en la CE para diferentes materias (así, por ejemplo, la planificación general de la actividad económica: artículo 149.1.13ª), es un *principio de organización* que persigue la coherencia en la actuación del conjunto de las instituciones públicas o –como señala SÁNCHEZ MORÓN– la *integración de las partes en el todo*, evitar contradicciones y disfunciones mediante la fijación de medios y sistemas de relación adecuados y mediante la acción conjunta de las autoridades implicadas en cada caso. Y para ello, la coordinación se manifiesta en una potestad atribuida a un ente u órgano público –el coordinador– para asegurar la acción coherente de otros –los coordinados– o de estos otros con aquel; se trata –en palabras del TC– de “un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado” (STC 214/1989), y además es compatible con la autonomía a modo de simple límite al ejercicio de esta.

En este sentido aparece definida como principio general de las relaciones interadministrativas en la letra e) del artículo 140.1 de la Ley 40/2015:

e) Coordinación, en virtud del cual una Administración Pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

## **2. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN: CONTROL DE LOS ACTOS POLÍTICOS**

Una vez analizados los rasgos característicos del Gobierno y de la Administración pública, es preciso relacionar los dos principales preceptos constitucionales del título IV, que se denomina, precisamente, "Del Gobierno y su Administración" : el primero, el artículo 97, donde el Gobierno aparece como su órgano director ("El Gobierno dirige (...) la Administración civil y militar"), y el segundo, el artículo 103.1, que constituye el dato esencial de aquella: "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".

Ambos preceptos nos remiten directamente a la "naturaleza vicarial o servicial" que caracteriza a la Administración pública en el Estado democrático. "Como organización burocrática profesionalizada -dice SANTAMARÍA PASTOR- la Administración pública carece, en sí misma, de legitimidad propia; se encuentra esencialmente subordinada, en su estructura y funcionamiento, a las instituciones políticas representativas". Son precisamente dichos entes políticos representativos los que tienen por función definir cuales son los intereses generales. Las cámaras legislativas a través del ejercicio de la potestad legislativa del Estado (artículo 66.2 de la CE) y el Gobierno mediante el ejercicio de la función ejecutiva (artículo 97 de la CE). Por ello, la Administración pública está sometida a una doble sujeción: al principio de legalidad y al poder de dirección del Gobierno.

El Gobierno es, ante todo, un órgano del Estado, sujeto de actividad administrativa -reflejada de manera primordial a través del ejercicio de la potestad reglamentaria- pero que realiza también otras actividades más relevantes de carácter eminentemente político.

Indudablemente, esto es compatible con la integración de los miembros del Gobierno, individualmente considerados, en el complejo orgánico de la Administración, como se deriva de los preceptos constitucionales antes citados.

Por el contrario, la Administración pública es un complejo orgánico, un conjunto de órganos que, bajo el liderazgo político del Gobierno (artículos 97 y 152 y paralelos de los estatutos de autonomía), tiene por función constitucional "servir con objetividad los intereses generales" (artículo 103.1 de la CE). Pero justamente por esta razón, la dirección política de la Administración no puede degenerar en su politización, sino que debe garantizarse su neutralidad política, una peculiar forma de actuación que GARRIDO FALLA denominó "eficacia indiferente". Con todo, debe advertirse que el ordenamiento jurídico permite que ciertas entidades administrativas gocen de un elevado grado de independencia en su gobierno, atendiendo a los particulares fines y funciones que están llamadas a servir. Es el caso de las denominadas "administraciones independientes".

Pues bien, la distinción entre Gobierno y Administración ha sido la causa de una de las cuestiones históricamente más espinosas del derecho administrativo: la negación del control jurisdiccional sobre los llamados "actos políticos del Gobierno". Tradicionalmente venía admitiéndose de forma pacífica que, junto a las funciones "administrativas", existían otro tipo de funciones, las "políticas" confiadas a órganos supremos del Estado (el Gobierno) en relación con ciertas materias (la defensa del territorio nacional, las relaciones internacionales, la seguridad interior del Estado, etc.). El Gobierno, se afirmaba, tiene carácter bifronte (función política y función administrativa, como se desprende, por ejemplo, del artículo 97 de la CE), y en cuanto órgano constitucional tiene encomendadas funciones propiamente administrativas y funciones propiamente políticas. Estas últimas funciones se declaraban excluidas del control jurisdiccional, sobre la base de que no eran "actos administrativos" o "actos sometidos al derecho administrativo".

La consagración del Estado de derecho que se produce con la aprobación de la CE obligaba a replantearse la categoría de los "actos políticos" y así lo hizo la jurisprudencia, con importantes esfuerzos orientados a clarificar el concepto postconstitucional de "acto político" y a articular fórmulas para su control, a fin de evitar excepciones a la cláusula de derecho y cerrar cualquier ámbito de actuación inmune al control jurisdiccional. Con estos propósitos, el Tribunal Supremo, antes de la entrada en vigor de la vigente ley



jurisdiccional, ya había conseguido reducir el alcance y contenido de la expresión “actos políticos del Gobierno” con manifestaciones como las siguientes:

- El “acto político” tiene un autor predeterminado: acto político “del Gobierno”, y no de los ministros individualmente o de autoridades inferiores a ellos.
- El acto político resulta sólo del ejercicio de competencias constitucionalmente atribuidas al Gobierno.
- El núcleo político de la decisión es de una “discrecionalidad y oportunidad máximas”, de manera que los tribunales se muestran muy reticentes a controlarlo. Pero fuera de ese núcleo son varias las vías de control empleadas por la jurisprudencia: cuando los actos políticos afecten a derechos fundamentales, debe salvaguardarse la integridad de esos derechos frente a cualquier acción, administrativa o política, porque la propia CE les reserva un lugar de privilegio en el sistema constitucional, que no debe ceder ante criterios de oportunidad o discrecionalidad; cuando en la toma de decisión no se respeten las exigencias legales objetivas, es decir, condicionantes, procedimientos o requisitos carentes de cualquier tinte discrecional, el control por parte de los tribunales es posible e ilimitado en lo que respecta a esos elementos de la decisión que podríamos llamar “reglados” o “no políticos”.

Todos estos criterios han sido tenidos en cuenta por el legislador a la hora de elaborar primero la Ley del Gobierno y poco después la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

La Ley del Gobierno dedica su artículo 29 a esta cuestión:

- “1. El Gobierno está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico en toda su actuación.
2. Todos los actos y omisiones del Gobierno están sometidos al control político de las Cortes Generales.
3. Los actos, la inactividad y las actuaciones materiales que constituyan una vía de hecho del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.



4. La actuación del Gobierno es impugnabile ante el Tribunal Constitucional en los términos de la Ley Orgánica reguladora del mismo”.

En el artículo 2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa se dispone:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV.: *La Administración Pública Española* (dir. J. RODRÍGUEZ ARANA), INAP, Madrid, 2002.

AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, tomo II, Iustel, 1ª ed., 2009.

ÁLVAREZ RICO, M., *Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Madrid, 1997.

ARIÑO ORTIZ, G., “Principio de descentralización y desconcentración”, *Documentación administrativa* nº 214.

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, 26ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *Fundamentos de Derecho Público*, 2011.

GALLEGO ANABITARTE, A. et. alt., *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*, Tecnos, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte general*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 11**

**LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.  
SU ORGANIZACIÓN. ÓRGANOS SUPERIORES Y  
ÓRGANOS DIRECTIVOS. LA ADMINISTRACIÓN  
PERIFÉRICA DEL ESTADO. LOS DELEGADOS DEL  
GOBIERNO EN LAS COMUNIDADES  
AUTÓNOMAS. LOS SUBDELEGADOS DEL  
GOBIERNO EN LAS PROVINCIAS Y LOS  
DIRECTORES INSULARES. LA  
ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN  
EL EXTERIOR.**

## **TEMA 11. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. SU ORGANIZACIÓN. ÓRGANOS SUPERIORES Y ÓRGANOS DIRECTIVOS. LA ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DEL ESTADO. LOS DELEGADOS DEL GOBIERNO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LOS SUBDELEGADOS DEL GOBIERNO EN LAS PROVINCIAS Y LOS DIRECTORES INSULARES.**

### **I. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**

#### **1. Consideraciones previas**

El artículo 97 de la Constitución española de 1978 dispone que “el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”. Este precepto recoge la distinción entre Gobierno y Administración que, posteriormente, se ha reflejado en las leyes que regulan una y otro: la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Doctrinalmente, la Administración del Estado se suele clasificar en:

A. Administración civil, militar y en el exterior. Con esta primera clasificación se trata de poner de manifiesto que, junto a la Administración civil que desarrolla sus funciones en el interior de la Nación, cabe diferenciar la Administración militar y la Administración civil en el exterior. La primera, la Administración militar, se rige por su legislación específica y por las bases establecidas en la Ley orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (disposición adicional decimocuarta de la Ley 40/2015); la segunda está constituida por el Servicio Exterior del Estado, que se rige en todo lo concerniente a su composición, organización, funciones, integración y personal por lo dispuesto en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la acción y del Servicio Exterior del Estado y en su normativa de desarrollo, y sólo supletoriamente por la Ley 40/2015 (artículo 80 de esta última).

B. Administración central y periférica. Esta clasificación pretende significar que la Administración general del Estado, que ejerce sus competencias en todo el territorio nacional, actúa a través de dos tipos de órganos: los centrales, que ejercen sus potestades en todo el territorio nacional; y los periféricos, que actúan en una parte del territorio. En este sentido, el artículo 55 de la Ley 40/2015 establece que la Administración general del Estado comprende la organización central, que integra los Ministerios y los servicios

comunes, y la organización territorial, que responde al principio de gestión territorial integrada en Delegaciones del Gobierno en las Comunidades Autónomas, salvo las excepciones previstas por la ley.

## **2. Personalidad jurídica, órganos y unidades administrativas**

La Administración general del Estado, como el resto de las Administraciones públicas, actúa con personalidad jurídica única (artículo 3.4 de la Ley 40/2015). La atribución de personalidad jurídica a la Administración tiene por finalidad determinar el sujeto de derecho al que se imputan las relaciones jurídicas con otros sujetos, ya sean públicos o privados (SÁNCHEZ MORÓN).

A partir de ese dato de la personalidad jurídica es preciso añadir que la Administración es una organización compleja, integrada por un conjunto heterogéneo de órganos jerárquicamente ordenados que son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley (artículo 103.2 CE).

De conformidad con el artículo 5 de la Ley 40/2015, tienen la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo. Corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su respectivo ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización.

En el caso de la Administración general del Estado, el artículo 56 de la Ley 40/2015 establece que las unidades administrativas son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas. Comprenden puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común, pudiendo existir unidades administrativas complejas, que agrupen dos o más unidades menores. Las unidades administrativas se establecen mediante las relaciones de puestos de trabajo, que se aprobarán de acuerdo con su regulación específica, y se integran en un determinado órgano.

## **II. SU ORGANIZACIÓN**

### **1. Los principios de organización, funcionamiento y relaciones con los ciudadanos**

El artículo 54.1 de la Ley 40/2015 establece que la Administración general del Estado actúa y se organiza de acuerdo con los principios establecidos en el artículo 3 de esta ley, así como los de descentralización funcional y desconcentración funcional y territorial.

El artículo 3 de la Ley 40/2015 reitera el contenido del artículo 103.1 de la Constitución, según el cual las Administraciones públicas sirven con objetividad a los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al Derecho, y añade que deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:

- a) Servicio efectivo a los ciudadanos.
- b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
- c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
- d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.
- e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.
- f) Responsabilidad por la gestión pública.
- g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.
- h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.
- i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.
- j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.
- k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las administraciones públicas.

### **2. Estructura ministerial**

La Administración general del Estado se organiza en Presidencia del Gobierno y en

Ministerios, comprendiendo cada uno de ellos uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de actividad administrativa (artículo 57.1 de la Ley 40/2015), sin perjuicio de la existencia de órganos superiores o directivos u organismos públicos no integrados o dependientes, respectivamente, en la estructura general del Ministerio que con carácter excepcional se adscriban directamente al Ministro (artículo 57.2).

En los Ministerios pueden existir Secretarías de Estado y Secretarías generales, para la gestión de un sector de actividad administrativa (artículo 58.1). La determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los Ministerios y las Secretarías de Estado se establecen mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno (artículo 57.3).

Los Ministerios cuentan, en todo caso, con una Subsecretaría, y dependiendo de ella una Secretaría general técnica, para la gestión de los servicios comunes (artículo 58.2 de la ley 40/2015). De estos últimos se ocupa más detalladamente el artículo 68 de la Ley 40/2015, que señala que les corresponde el asesoramiento, el apoyo técnico y, en su caso, la gestión directa en relación con las funciones de planificación, programación y presupuestación, cooperación internacional, acción en el exterior, organización y recursos humanos, sistemas de información y comunicación, producción normativa, asistencia jurídica, gestión financiera, gestión de medios materiales y servicios auxiliares, seguimiento, control e inspección de servicios, estadística para fines estatales y publicaciones. Mediante Real Decreto podrá preverse la gestión compartida de algunos de los servicios comunes que podrá realizarse de las formas siguientes:

- a) Mediante su coordinación directa por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o por un organismo autónomo vinculado o dependiente del mismo, que prestarán algunos de estos servicios comunes a otros Ministerios.
- b) Mediante su coordinación directa por la Subsecretaría de cada Ministerio o por un organismo autónomo vinculado o dependiente de la misma que prestará algunos de estos servicios comunes a todo el Ministerio. El Real Decreto que determine la gestión compartida de algunos de los servicios comunes concretará el régimen de dependencia orgánica y funcional del personal que viniera prestando el servicio respectivo en cada unidad.

Además, en los Ministerios existe un número variable de Direcciones generales, que son los órganos de gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas (artículo 58.3 de la Ley 40/2015). Las Direcciones generales se organizan en Subdirecciones generales para la distribución de las competencias encomendadas a aquéllas, la realización de las actividades que les son propias y la asignación de objetivos y responsabilidades. Sin perjuicio de lo anterior, podrán adscribirse directamente Subdirecciones generales a otros órganos directivos de mayor nivel o a órganos superiores del Ministerio (artículo 58.4).

De acuerdo con el artículo 59 de la Ley 40/2015, las Subsecretarías, las Secretarías generales, las Secretarías generales técnicas, las Direcciones generales, las Subdirecciones generales, y órganos similares a los anteriores se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones públicas, mientras que los órganos de nivel inferior a Subdirección general se crean, modifican y suprimen por orden del Ministro respectivo, previa autorización del Ministro de Hacienda y Administraciones públicas. Por último, las unidades que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo.

### **III. ÓRGANOS SUPERIORES Y ÓRGANOS DIRECTIVOS**

La distinción entre órganos superiores y órganos directivos fue introducida en la Administración general del Estado por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado, y hoy está recogida en el artículo 55 de la Ley 40/2015. Según éste:

- En la organización central son órganos superiores y órganos directivos:

a) Órganos superiores:

1.º Los Ministros.

2.º Los Secretarios de Estado.

b) Órganos directivos:

1.º Los Subsecretarios y Secretarios generales.

2.º Los Secretarios generales técnicos y Directores generales.

3.º Los Subdirectores generales.



- En la organización territorial de la Administración general del Estado son órganos directivos tanto los Delegados del Gobierno en las Comunidades autónomas, que tendrán rango de Subsecretario, como los Subdelegados del Gobierno en las provincias, los cuales tendrán nivel de Subdirector general.
- En la Administración general del Estado en el exterior son órganos directivos los embajadores y representantes permanentes ante organizaciones internacionales.

Todos ellos, menos los Subdirectores generales y asimilados, tienen la condición de altos cargos, con lo que se les aplica lo previsto en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado.

Corresponde a los órganos superiores establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad y a los órganos directivos su desarrollo y ejecución. Todos los demás órganos de la Administración general del Estado se encuentran bajo la dependencia o dirección de un órgano superior o directivo.

En cuanto al nombramiento y separación del cargo, en el caso de los Ministros le compete al rey a propuesta del Presidente del Gobierno, tal como establece el artículo 62.e) de la Constitución. En el caso de los demás órganos superiores y directivos, se lleva a cabo por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro correspondiente (o del Presidente del Gobierno, si dependen directamente del mismo), salvo los Subdirectores generales, que son nombrados y separados por el Ministro, Secretario de Estado o Subsecretario del que dependan (artículo 67.2 de la Ley 40/2015).

Añade el artículo 55.11 de la Ley 40/2015 que, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado, los titulares de los órganos superiores y directivos son nombrados atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, siendo de aplicación al desempeño de sus funciones:

- a) La responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada.
- b) La sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la Ley General Presupuestaria.

La ordenación jerárquica de estos órganos está regulada en el artículo 60 de la Ley

40/2015, que establece que los Ministros son los jefes superiores del Departamento y superiores jerárquicos directos de los Secretarios de Estado y Subsecretarios. Por su parte, los órganos directivos dependen de alguno de los anteriores y se ordenan jerárquicamente entre sí de la siguiente forma: Subsecretario, Director general y Subdirector general. Los Secretarios generales tienen categoría de Subsecretario y los Secretarios generales técnicos tienen categoría de Director general.

## **1. Los ministros**

Sin perjuicio de su condición de miembros del Gobierno y las funciones que como tales les corresponden, los Ministros, como titulares del departamento sobre el que ejercen su competencia, dirigen los sectores de actividad administrativa integrados en su Ministerio, y asumen la responsabilidad inherente a dicha dirección.

Sus atribuciones se enumeran en el artículo 61 de la Ley 40/2015 y pueden sistematizarse así:

a) La *dirección del Ministerio*, lo que incluye fijar sus objetivos, aprobar los planes de actuación del mismo y asignar los recursos necesarios para su ejecución, dentro de los límites de las dotaciones presupuestarias correspondientes; determinar y, en su caso, proponer la organización interna de su Ministerio; evaluar la realización de los planes de actuación del Ministerio por parte de los órganos superiores y órganos directivos y ejercer el control de eficacia respecto de la actuación de dichos órganos y de los organismos públicos dependientes; nombrar y separar a los titulares de los órganos directivos del Ministerio y de los organismos públicos o entidades de derecho público dependientes del mismo, cuando la competencia no esté atribuida al Consejo de Ministros, a otro órgano o al propio organismo, así como elevar a aquél las propuestas de nombramientos que le estén reservadas de órganos directivos del Ministerio y de los organismos públicos dependientes del mismo; dirigir la actuación de los titulares de los órganos superiores y directivos del Ministerio, impartirles instrucciones concretas y delegarles competencias propias; decidir la representación del Ministerio en los órganos colegiados o grupos de trabajo en los que no esté previamente determinado el titular del órgano superior o directivo que deba representar al Departamento.

b) El ejercicio de la *potestad reglamentaria* en las materias propias de su Departamento.

c) Las *acciones de gestión económica del ministerio*, tales como aprobar las propuestas de los estados de gastos del Ministerio, y de los presupuestos de los Organismos públicos dependientes y remitirlas al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas; administrar los créditos para gastos de los presupuestos del Ministerio, aprobar y comprometer los gastos que no sean de la competencia del Consejo de Ministros, aprobar las modificaciones presupuestarias que sean de su competencia, reconocer las obligaciones económicas y proponer su pago en el marco del plan de disposición de fondos del Tesoro Público, así como fijar los límites por debajo de los cuales estas competencias corresponderán, en su ámbito respectivo, a los Secretarios de Estado y Subsecretario del departamento; elevar al Consejo de Ministros, para su aprobación, las modificaciones presupuestarias que sean de la competencia de éste; remitir la documentación a su Departamento necesaria para la elaboración de la Cuenta General del Estado; conceder subvenciones y ayudas con cargo a los créditos de gasto propios del Departamento, así como fijar los límites por debajo de los cuales podrán ser otorgadas por los Secretarios de Estado o el Subsecretario del Departamento.

d) *Revisar de oficio* los actos administrativos y *resolver los conflictos de atribuciones* cuando les corresponda, así como plantear los que procedan con otros Ministerios; *celebrar* en el ámbito de su competencia, *contratos y convenios*, sin perjuicio de la autorización del Consejo de Ministros cuando sea preceptiva; *resolver los recursos administrativos* y *declarar la lesividad* de los actos administrativos cuando les corresponda.

e) Las *gestiones relativas a los recursos humanos* relativas a su Ministerio, entre ellas, autorizar las comisiones de servicio con derecho a indemnización por cuantía exacta para altos cargos dependientes del Ministro; otorgar premios y recompensas propios del Departamento y proponer las que corresponda según sus normas reguladoras; proponer y ejecutar, en el ámbito de su competencia, los Planes de Empleo del Departamento y de los organismos públicos de él dependientes; modificar las Relaciones de Puestos de Trabajo en los casos en que esa competencia esté delegada en el propio departamento o proponer al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas las que sean de competencia de este último; imponer la sanción de separación del servicio por faltas muy graves.

f) Las *relaciones con las Comunidades Autónomas*, lo que incluye convocar las Conferencias sectoriales y los órganos de cooperación en el ámbito de las competencias

atribuidas a su Departamento.

## **2. Los Secretarios de Estado**

De acuerdo con el artículo 62 de la Ley 40/2015, los Secretarios de Estado son directamente responsables de la ejecución de la acción del Gobierno en un sector de actividad específica. Asimismo, podrán ostentar por delegación expresa de sus respectivos Ministros la representación de éstos en materias propias de su competencia, incluidas aquellas con proyección internacional, sin perjuicio, en todo caso, de las normas que rigen las relaciones de España con otros Estados y con las organizaciones internacionales.

Los Secretarios de Estado dirigen y coordinan las Secretarías y las Direcciones generales situadas bajo su dependencia, y responden ante el Ministro de la ejecución de los objetivos fijados para la Secretaría de Estado. A tal fin les corresponde:

- a) Ejercer las competencias sobre el sector de actividad administrativa asignado que les atribuya la norma de creación del órgano o que les delegue el Ministro y desempeñar las relaciones externas de la Secretaría de Estado, salvo en los casos legalmente reservados al Ministro.
- b) Ejercer las competencias inherentes a su responsabilidad de dirección y, en particular, impulsar la consecución de los objetivos y la ejecución de los proyectos de su organización, controlando su cumplimiento, supervisando la actividad de los órganos directivos adscritos e impartiendo instrucciones a sus titulares.
- c) Nombrar y separar a los Subdirectores generales de la Secretaría de Estado.
- d) Mantener las relaciones con los órganos de las Comunidades autónomas competentes por razón de la materia.
- e) La autorización previa para contratar a los organismos autónomos adscritos a la Secretaría de Estado, por encima de una cuantía determinada, según lo previsto en la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley de contratos del sector público.
- f) Autorizar las comisiones de servicio con derecho a indemnización por cuantía exacta para los altos cargos dependientes de la Secretaría de Estado.
- g) Celebrar contratos relativos a asuntos de su Secretaría de Estado y los convenios no reservados al Ministro del que dependan, sin perjuicio de la correspondiente autorización

cuando sea preceptiva.

h) Conceder subvenciones y ayudas con cargo a los créditos de gasto propios de la Secretaría de Estado, con los límites establecidos por el titular del Departamento.

i) Resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los órganos directivos que dependan directamente de él y cuyos actos no agoten la vía administrativa, así como los conflictos de atribuciones que se susciten entre dichos órganos.

j) Administrar los créditos para gastos de los presupuestos del Ministerio por su materia propios de la Secretaría de Estado, aprobar las modificaciones presupuestarias de los mismos, aprobar y comprometer los gastos con cargo a aquellos créditos y reconocer las obligaciones económicas y proponer su pago en el marco del plan de disposición de fondos del Tesoro Público. Todo ello dentro de la cuantía que, en su caso, establezca el Ministro al efecto y siempre que los referidos actos no sean competencia del Consejo de Ministros.

### **3. Los Subsecretarios**

El Subsecretario es el órgano de asistencia ordinaria al Ministro, tanto en el ámbito de la organización interna del departamento como del asesoramiento jurídico, en particular, en cuanto al ejercicio de la potestad reglamentaria y la adopción de actos jurídicos del Ministro y demás órganos del departamento. De acuerdo con el artículo 63 de la Ley 40/2015, el Subsecretario ostenta la representación ordinaria del Ministerio, dirige los servicios comunes, ejerce las competencias correspondientes a dichos servicios comunes y, en todo caso, las siguientes:

a) Apoyar a los órganos superiores en la planificación de la actividad del Ministerio, a través del correspondiente asesoramiento técnico.

b) Asistir al Ministro en el control de eficacia del Ministerio y sus organismos públicos.

c) Establecer los programas de inspección de los servicios del Ministerio, así como determinar las actuaciones precisas para la mejora de los sistemas de planificación, dirección y organización y para la racionalización y simplificación de los procedimientos y métodos de trabajo, en el marco definido por el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas.

- d) Proponer las medidas de organización del Ministerio y dirigir el funcionamiento de los servicios comunes a través de las correspondientes instrucciones u órdenes de servicio.
- e) Asistir a los órganos superiores en materia de relaciones de puestos de trabajo, planes de empleo y política de directivos del Ministerio y sus organismos públicos, así como en la elaboración, ejecución y seguimiento de los presupuestos y la planificación de los sistemas de información y comunicación.
- f) Desempeñar la jefatura superior de todo el personal del Departamento.
- g) Responsabilizarse del asesoramiento jurídico al Ministro en el desarrollo de las funciones que a éste le corresponden y, en particular, en el ejercicio de su potestad normativa y en la producción de los actos administrativos de la competencia de aquél, así como a los demás órganos del Ministerio. Asimismo, informa las propuestas o proyectos de normas y actos de otros Ministerios, cuando reglamentariamente proceda, a efectos de lo cual será responsable de coordinar las actuaciones correspondientes dentro del Ministerio y en relación con los demás Ministerios que hayan de intervenir en el procedimiento.
- h) Ejercer las facultades de dirección, impulso y supervisión de la Secretaría General Técnica y los restantes órganos directivos que dependan directamente de él.
- i) Administrar los créditos para gastos de los presupuestos del Ministerio por su materia propios de la Subsecretaría, aprobar las modificaciones presupuestarias de los mismos, aprobar y comprometer los gastos con cargo a aquellos créditos y reconocer las obligaciones económicas y proponer su pago en el marco del plan de disposición de fondos del Tesoro Público. Todo ello dentro de la cuantía que, en su caso, establezca el Ministro al efecto y siempre que los referidos actos no sean competencia del Consejo de Ministros.
- j) Conceder subvenciones y ayudas con cargo a los créditos de gasto propios del Ministerio con los límites establecidos por el titular del Departamento.
- k) Solicitar del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas la afectación o el arrendamiento de los inmuebles necesarios para el cumplimiento de los fines de los servicios a cargo del Departamento.
- l) Nombrar y cesar a los Subdirectores y asimilados dependientes de la Subsecretaría, al

resto de personal de libre designación y al personal eventual del Departamento.

m) Convocar y resolver pruebas selectivas de personal funcionario y laboral.

n) Convocar y resolver los concursos de personal funcionario.

ñ) Ejercer la potestad disciplinaria del personal del Departamento por faltas graves o muy graves, salvo la separación del servicio.

o) Adoptar e impulsar, bajo la dirección del Ministro, las medidas tendentes a la gestión centralizada de recursos humanos y medios materiales en el ámbito de su Departamento Ministerial.

p) Autorizar las comisiones de servicio con derecho a indemnización por cuantía exacta para altos cargos dependientes del Subsecretario.

q) Cualesquiera otras que sean inherentes a los servicios comunes del Ministerio y a la representación ordinaria del mismo.

La Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, en coordinación con la Secretaría general de la Presidencia del Gobierno, ejercerá las competencias propias de los servicios comunes de los Departamentos en relación con el área de la Presidencia del Gobierno.

Los nombramientos de Subsecretarios habrán de efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades autónomas o de las Entidades locales pertenecientes al Subgrupo A1, y deberán reunir los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado.

#### **4. Los Secretarios generales**

Son órganos de creación más reciente y obedecen a la conveniencia de desconcentrar determinadas actividades de un Ministerio sin por ello atribuirles a un órgano del rango de Secretario de Estado (SÁNCHEZ MORÓN). Según el artículo 64 de la Ley 40/2015, cuando las normas que regulan la estructura de un Ministerio prevean la existencia de un Secretario general, deberán determinar las competencias que le correspondan sobre un sector de actividad administrativa determinado. En particular, los Secretarios generales ejercen, en los mismos términos que los Secretarios de Estado, las competencias inherentes a su responsabilidad de dirección y, entre ellas, impulsar la consecución de los objetivos y la ejecución de los proyectos de su organización, controlando su cumplimiento,



supervisando la actividad de los órganos directivos adscritos e impartiendo instrucciones a sus titulares.

Los nombramientos de Secretarios generales habrán de efectuarse entre personas con cualificación y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada, debiendo reunir los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado.

## **5. Los Secretarios generales técnicos**

Los Secretarios generales técnicos, bajo la inmediata dependencia del Subsecretario, tendrán las competencias sobre servicios comunes que les atribuya el Real Decreto de estructura del Departamento y, en todo caso, las relativas a producción normativa, asistencia jurídica y publicaciones (artículo 65.1 de la Ley 40/2015). Tienen a todos los efectos la categoría de Director general y ejercen sobre sus órganos dependientes las facultades atribuidas a dicho órgano. Los nombramientos habrán de efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades autónomas o de las Entidades locales pertenecientes al Subgrupo A1, y deberán reunir los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley reguladora del ejercicio de alto cargo de la Administración general del Estado.

## **6. Los Directores generales**

Los Directores generales se definen en el artículo 66.1 de la Ley 40/2015 como los titulares de los órganos directivos encargados de la gestión de una o varias áreas funcionalmente homogéneas del Ministerio. A tal efecto, les corresponde:

- a) Proponer los proyectos de su Dirección general para alcanzar los objetivos establecidos por el Ministro, dirigir su ejecución y controlar su adecuado cumplimiento.
- b) Ejercer las competencias atribuidas a la Dirección general y las que le sean desconcentradas o delegadas.
- c) Proponer, en los restantes casos, al Ministro o al titular del órgano del que dependa, la resolución que estime procedente sobre los asuntos que afectan al órgano directivo.
- d) Impulsar y supervisar las actividades que forman parte de la gestión ordinaria del órgano directivo y velar por el buen funcionamiento de los órganos y unidades



dependientes y del personal integrado en los mismos.

Los nombramientos de Directores generales habrán de efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades autónomas o de las Entidades locales pertenecientes al Subgrupo A1, salvo que el Real Decreto de estructura permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección general, su titular no reúna dicha condición de funcionario, debiendo motivarse mediante memoria razonada la concurrencia de las especiales características que justifiquen esa circunstancia excepcional. En relación con esta excepción, la jurisprudencia exige “justificación expresa” de la singularidad de las funciones por las cuales se exima a su titular de la exigencia de ser funcionario de carrera, justificación que debe basarse en circunstancias demostrables y no en apelaciones puramente retóricas (SÁNCHEZ MORÓN). En todo caso, habrán de reunir los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración general del Estado.

## **7. Los Subdirectores generales**

Los Subdirectores generales son los únicos órganos directivos que no tienen la consideración de altos cargos. El artículo 67.1 de la Ley 40/2015 señala que son los responsables inmediatos, bajo la supervisión del Director general o del titular del órgano del que dependan, de la ejecución de aquellos proyectos, objetivos o actividades que les sean asignados, así como de la gestión ordinaria de los asuntos de la competencia de la Subdirección general. Son nombrados, respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, entre funcionarios de carrera del Estado, o de otras Administraciones, cuando así lo prevean las normas de aplicación, pertenecientes al Subgrupo A1.

## **IV. LA ADMINISTRACIÓN PERIFÉRICA DEL ESTADO**

La entrada en vigor de la Constitución española de 1978 hizo necesaria la reforma de la Administración periférica del Estado, hasta ese momento centrada en la figura del Gobernador civil y ajena, como es lógico, a la descentralización que provocó el nacimiento del Estado de las Autonomías. Así, los principales factores que han condicionado esa reconfiguración de la Administración periférica del Estado son los siguientes:

- La nueva organización territorial del Estado, con el reconocimiento del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones (artículo 2 CE) y una organización territorial

que incorpora, junto a las provincias y los municipios, a las comunidades autónomas, todas ellas dotadas de autonomía para la gestión de sus intereses respectivos (artículo 137 CE).

- La proclamación constitucional del carácter vicarial de la Administración pública, llamada a servir con objetividad los intereses generales, y obligada a actuar de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (artículo 103.1 CE).
- La creación de la figura del delegado del Gobierno, cuyo cometido constitucional es dirigir la Administración del Estado en el territorio y la Comunidad autónoma y coordinarla, cuando proceda, con la Administración propia de la comunidad (artículo 154 CE).

Sin embargo, hubo que esperar hasta la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado de 1997 para que la adaptación de la Administración periférica del Estado al nuevo marco constitucional se abordase de manera completa y coherente. Esta ley suprimió los históricos Gobernadores civiles y consagró con claridad la primacía del nivel autonómico sobre el provincial en la estructura territorial de la Administración general del Estado. De esta manera, los Delegados del Gobierno en las Comunidades autónomas pasaron a ser el principal órgano territorial de la Administración general del Estado, quedando subordinados jerárquicamente a ellos los representantes en las provincias, denominados Subdelegados del Gobierno, y, en su caso, los representantes en las islas (Directores insulares).

Asimismo, se introdujo la distinción entre los servicios territoriales de la Administración general del Estado integrados en la Delegación del Gobierno, estructurados en áreas funcionales y no ya por Ministerios, y los servicios no integrados, con la que se ha tratado de superar las tensiones que históricamente producía el doble régimen de dependencia de estos servicios periféricos, subordinados al mismo tiempo a los órganos centrales del Ministerios correspondiente y al Gobernador civil. Estas previsiones se desarrollaron mediante el Real Decreto 1330/1997, de 1 de agosto, de integración de servicios periféricos y de estructura de las Delegaciones del Gobierno, que sigue estando vigente.

La Ley 40/2015 mantiene la organización de la Administración periférica del Estado introducida por la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del

Estado, limitándose a matizar algunos puntos. De acuerdo con su artículo 69, existirá una Delegación del Gobierno en cada una de las Comunidades autónomas. Las Delegaciones del Gobierno tendrán su sede en la localidad donde radique el Consejo de Gobierno de la Comunidad autónoma, salvo que el Consejo de Ministros acuerde ubicarla en otra distinta y sin perjuicio de lo que disponga expresamente el Estatuto de Autonomía, y están adscritas orgánicamente al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Por su parte, en cada una de las provincias de las Comunidades autónomas pluriprovinciales existirá un Subdelegado del Gobierno, que estará bajo la inmediata dependencia del Delegado del Gobierno. Asimismo, podrán crearse por Real Decreto Subdelegaciones del Gobierno en las Comunidades autónomas uniprovinciales, cuando circunstancias tales como la población del territorio, el volumen de gestión o sus singularidades geográficas, sociales o económicas así lo justifiquen. En cuanto a las islas, el artículo 70 de la Ley 40/2015 señala que reglamentariamente se determinarán aquellas en las que existirá un Director insular de la Administración general del Estado.

De acuerdo con el artículo 76 de la Ley 40/2015, la estructura de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno se fijará por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, en razón de la dependencia orgánica de las Delegaciones del Gobierno, y contarán, en todo caso, con una Secretaría general, dependiente de los Delegados o, en su caso, de los Subdelegados del Gobierno, como órgano de gestión de los servicios comunes, y de la que dependerán los distintos servicios integrados en la misma, así como aquellos otros servicios y unidades que se determine en la relación de puestos de trabajo.

La asistencia jurídica y las funciones de intervención y control económico financiero en relación con las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno se ejercerán por la Abogacía del Estado y la Intervención General de la Administración del Estado respectivamente, de acuerdo con su normativa específica (artículo 77 de la Ley 40/2015).

La regulación de los servicios territoriales está contenida en el artículo 71 de la Ley 40/2015, según el cual éstos se organizarán, atendiendo al mejor cumplimiento de sus fines, en servicios integrados y no integrados en las Delegaciones del Gobierno. La integración de nuevos servicios territoriales o la desintegración de servicios territoriales ya

integrados en las Delegaciones del Gobierno, se llevará a cabo mediante Real Decreto de Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, en razón de la dependencia orgánica de las Delegaciones del Gobierno, y del Ministerio competente del área de actividad (art. 76.2). Añade el artículo 73.4 que los Delegados del Gobierno podrán recabar de sus titulares toda la información relativa a su actividad, estructuras organizativas, recursos humanos, inventarios de bienes muebles e inmuebles o a cualquier otra materia o asunto que consideren oportuno al objeto de garantizar una gestión coordinada y eficaz de los servicios estatales en el territorio.

La organización de los servicios territoriales no integrados en las Delegaciones del Gobierno se establecerá mediante Real Decreto a propuesta conjunta del titular del Ministerio del que dependan y del titular del Ministerio que tenga atribuida la competencia para la racionalización, análisis y evaluación de las estructuras organizativas de la Administración general del Estado y sus organismos públicos, cuando contemple unidades con nivel de Subdirección General o equivalentes, o por Orden conjunta cuando afecte a órganos inferiores. Estos servicios dependerán del órgano central competente sobre el sector de actividad en el que aquéllos operen, el cual les fijará los objetivos concretos de actuación y controlará su ejecución, así como el funcionamiento de los servicios.

Los servicios territoriales integrados dependerán del Delegado del Gobierno, o en su caso Subdelegado del Gobierno, a través de la Secretaría general, y actuarán de acuerdo con las instrucciones técnicas y criterios operativos establecidos por el Ministerio competente por razón de la materia.

Finalmente, la Ley 40/2015 crea en su artículo 78 la Comisión interministerial de coordinación de la Administración periférica del Estado, órgano colegiado adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas que se encargará de coordinar la actuación de la Administración periférica del Estado con los distintos Departamentos ministeriales. Mediante Real Decreto se regularán sus atribuciones, composición y funcionamiento.

## **V. LOS DELEGADOS DEL GOBIERNO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

Los Delegados del Gobierno están reconocidos en la Constitución española de 1978, que les asigna la dirección de la Administración del Estado en el territorio de la Comunidad

autónoma y la coordinación, cuando proceda, con la Administración propia de la Comunidad (art. 154 CE).

En desarrollo de este precepto constitucional, el artículo 72 de la Ley 40/2015 señala que los Delegados del Gobierno representan al Gobierno de la Nación en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la representación ordinaria del Estado en las mismas a través de sus respectivos Presidentes, y añade que los Delegados del Gobierno dirigirán y supervisarán la Administración general del Estado en el territorio de las respectivas Comunidades autónomas y la coordinarán, internamente y cuando proceda, con la Administración propia de cada una de ellas y con la de las Entidades locales radicadas en la Comunidad.

De acuerdo con la Ley 40/2015, los Delegados del Gobierno son órganos directivos con rango de Subsecretario que dependen orgánicamente del Presidente del Gobierno y funcionalmente del Ministerio competente por razón de la materia. Su nombramiento y separación del cargo se lleva a cabo por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno. El nombramiento atenderá a criterios de competencia profesional y experiencia, debiendo reunirse los requisitos de idoneidad establecidos en la Ley reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

En caso de ausencia, vacante o enfermedad del titular de la Delegación del Gobierno, será suplido por el Subdelegado del Gobierno que el Delegado designe y, en su defecto, por el de la provincia en que tenga su sede. En las Comunidades autónomas uniprovinciales en las que no exista Subdelegado la suplencia corresponderá al Secretario general.

En cuanto a sus atribuciones, están recogidas en el artículo 73 de la Ley 40/2015.

En primer lugar, hay que mencionar que, siguiendo la tradición de los antiguos Gobernadores civiles, corresponde a los Delegados del Gobierno proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, a través de los Subdelegados del Gobierno y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, cuya jefatura corresponderá al Delegado del Gobierno, quien ejercerá las competencias del Estado en esta materia bajo la dependencia funcional del Ministerio del Interior.

Asimismo, también como herencia de los antiguos Gobernadores civiles, los Delegados del

Gobierno ejercen la potestad sancionadora y expropiatoria.

El resto de sus atribuciones se sistematizan en la ley en los términos siguientes:

*a) Dirección y coordinación de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos:*

1.º Impulsar, coordinar y supervisar con carácter general su actividad en el territorio de la Comunidad autónoma, y, cuando se trate de servicios integrados, dirigirla, directamente o a través de los Subdelegados del Gobierno, de acuerdo con los objetivos y, en su caso, instrucciones de los órganos superiores de los respectivos ministerios.

2.º Nombrar a los Subdelegados del Gobierno en las provincias de su ámbito de actuación y, en su caso, a los Directores Insulares, y como superior jerárquico, dirigir y coordinar su actividad.

3.º Informar, con carácter preceptivo, las propuestas de nombramiento de los titulares de órganos territoriales de la Administración general del Estado y los organismos públicos estatales de ámbito autonómico y provincial en la Delegación del Gobierno.

*b) Información de la acción del Gobierno e información a los ciudadanos:*

1.º Coordinar la información sobre los programas y actividades del Gobierno y la Administración general del Estado y sus organismos públicos en la Comunidad Autónoma.

2.º Promover la colaboración con las restantes Administraciones públicas en materia de información al ciudadano.

3.º Recibir información de los distintos Ministerios de los planes y programas que hayan de ejecutar sus respectivos servicios territoriales y organismos públicos en su ámbito territorial.

4.º Elevar al Gobierno, con carácter anual, a través del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, un informe sobre el funcionamiento de los servicios públicos estatales en el ámbito autonómico.

*c) Coordinación y colaboración con otras Administraciones públicas:*

1.º Comunicar y recibir cuanta información precisen el Gobierno y el órgano de Gobierno de la Comunidad autónoma. Realizará también estas funciones con las Entidades locales

en su ámbito territorial, a través de sus respectivos Presidentes.

2.º Mantener las necesarias relaciones de coordinación y cooperación de la Administración general del Estado y sus organismos públicos con la de la Comunidad autónoma y con las correspondientes Entidades locales. A tal fin, promoverá la celebración de convenios con la Comunidad autónoma y con las Entidades locales, en particular, en relación a los programas de financiación estatal, participando en el seguimiento de la ejecución y cumplimiento de los mismos.

3.º Participar en las Comisiones mixtas de transferencias y en las Comisiones bilaterales de cooperación, así como en otros órganos de cooperación de naturaleza similar cuando se determine.

*d) Control de legalidad:*

1.º Resolver los recursos en vía administrativa interpuestos contra las resoluciones y actos dictados por los órganos de la Delegación, previo informe, en todo caso, del Ministerio competente por razón de la materia.

Las impugnaciones de resoluciones y actos del Delegado del Gobierno susceptibles de recurso administrativo y que no pongan fin a la vía administrativa, serán resueltas por los órganos correspondientes del Ministerio competente por razón de la materia.

Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se tramitarán por el Ministerio competente por razón de la materia y se resolverán por el titular de dicho Departamento.

2.º Suspender la ejecución de los actos impugnados dictados por los órganos de la Delegación del Gobierno, cuando le corresponda resolver el recurso, de acuerdo con el artículo 117.2 de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y proponer la suspensión en los restantes casos, así como respecto de los actos impugnados dictados por los servicios no integrados en la Delegación del Gobierno.

3.º Velar por el cumplimiento de las competencias atribuidas constitucionalmente al Estado y por la correcta aplicación de su normativa, promoviendo o interponiendo, según corresponda, conflictos de jurisdicción, conflictos de atribuciones, recursos y demás



acciones legalmente procedentes.

e) *Políticas públicas:*

1.º Formular a los Ministerios competentes, en cada caso, las propuestas que estime convenientes sobre los objetivos contenidos en los planes y programas que hayan de ejecutar los servicios territoriales y los de los organismos públicos, e informar, regular y periódicamente, a los Ministerios competentes sobre la gestión de sus servicios territoriales.

2.º Proponer ante el Ministro de Hacienda y Administraciones públicas las medidas precisas para evitar la duplicidad de estructuras administrativas, tanto en la propia Administración general del Estado como con otras Administraciones públicas, conforme a los principios de eficacia y eficiencia.

3.º Proponer al Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas medidas para incluir en los planes de recursos humanos de la Administración general del Estado.

4.º Informar las medidas de optimización de recursos humanos y materiales en su ámbito territorial, especialmente las que afecten a más de un Departamento. En particular, corresponde a los Delegados del Gobierno, en los términos establecidos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la coordinación de la utilización de los edificios de uso administrativo por la organización territorial de la Administración general del Estado y de los organismos públicos de ella dependientes en su ámbito territorial, de acuerdo con las directrices establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas y la Dirección General del Patrimonio del Estado.

Los Delegados del Gobierno cuentan, como órgano colegiado de asistencia, con una Comisión territorial de asistencia (artículo 79 de la Ley 40/2015). Estará presidida en todo caso por el propio Delegado del Gobierno y la formarán, en las Comunidades autónomas pluriprovinciales, los Subdelegados del Gobierno en las provincias comprendidas en el territorio de éstas, aunque a sus sesiones deberán asistir también los titulares de los órganos y servicios territoriales, tanto integrados como no integrados, que el Delegado del Gobierno considere oportuno. En las Comunidades Autónomas uniprovinciales estará integrada por el Secretario general y los titulares de los órganos y servicios territoriales,



tanto integrados como no integrados, que el Delegado del Gobierno considere oportuno.

La Comisión territorial de asistencia desarrolla las siguientes atribuciones:

- 1.º Coordinar las actuaciones que hayan de ejecutarse de forma homogénea en el ámbito de la Comunidad autónoma, para asegurar el cumplimiento de los objetivos generales fijados por el Gobierno a los servicios territoriales.
- 2.º Homogeneizar el desarrollo de las políticas públicas en su ámbito territorial, a través del establecimiento de criterios comunes de actuación que habrán de ser compatibles con las instrucciones y objetivos de los respectivos departamentos ministeriales.
- 3.º Asesorar al Delegado del Gobierno en la Comunidad autónoma en la elaboración de las propuestas de simplificación administrativa y racionalización en la utilización de los recursos.
- 4.º Cualesquiera otras que a juicio del Delegado del Gobierno en la Comunidad autónoma resulten adecuadas para que la Comisión territorial cumpla la finalidad de apoyo y asesoramiento en el ejercicio de las competencias que la Ley 40/2015 le asigna.

## **VI. LOS SUBDELEGADOS DEL GOBIERNO EN LAS PROVINCIAS Y LOS DIRECTORES INSULARES**

### **1. Los subdelegados del Gobierno en las provincias**

De acuerdo con el artículo 74 de la Ley 40/2015, en cada provincia y bajo la inmediata dependencia del Delegado del Gobierno en la respectiva Comunidad autónoma existirá un Subdelegado del Gobierno. En realidad, esta redacción no es exacta, porque la existencia de los Subdelegados sólo es preceptiva en las provincias que forman parte de Comunidades autónomas pluriprovinciales. De hecho, el propio artículo prevé que, en las Comunidades autónomas uniprovinciales en las que no exista Subdelegado, el Delegado del Gobierno asumirá las competencias que la Ley 40/2015 atribuye a los Subdelegados del Gobierno en las provincias.

Las atribuciones que les corresponden a los subdelegados del Gobierno son las siguientes:

- a) Desempeñar las funciones de comunicación, colaboración y cooperación con la respectiva Comunidad autónoma y con las Entidades locales y, en particular, informar sobre la incidencia en el territorio de los programas de financiación estatal. En concreto les

corresponde:

1.º Mantener las necesarias relaciones de cooperación y coordinación de la Administración general del Estado y sus organismos públicos con la de la Comunidad autónoma y con las correspondientes Entidades locales en el ámbito de la provincia.

2.º Comunicar y recibir cuanta información precisen el Gobierno y el órgano de Gobierno de la Comunidad autónoma. Realizará también estas funciones con las Entidades locales en su ámbito territorial, a través de sus respectivos Presidentes.

b) Proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, garantizando la seguridad ciudadana, todo ello dentro de las competencias estatales en la materia. A estos efectos, dirigirá las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la provincia.

c) Dirigir y coordinar la protección civil en el ámbito de la provincia.

d) Dirigir, en su caso, los servicios integrados de la Administración general del Estado, de acuerdo con las instrucciones del Delegado del Gobierno y de los Ministerios correspondientes; e impulsar, supervisar e inspeccionar los servicios no integrados.

e) Coordinar la utilización de los medios materiales y, en particular, de los edificios administrativos en el ámbito territorial de su competencia.

f) Ejercer la potestad sancionadora y cualquier otra que les confiera las normas o que les sea desconcentrada o delegada.

Como órgano colegiado de asistencia al Subdelegado del Gobierno, el artículo 79.3 de la Ley 40/2015 prevé que en cada Subdelegación del Gobierno existirá una Comisión de asistencia al Subdelegado del Gobierno, presidida por él mismo e integrada por el Secretario general y los titulares de los órganos y servicios territoriales, tanto integrados como no integrados, que el Subdelegado del Gobierno considere oportuno, con las mismas funciones que la Comisión de asistencia al Delegado del Gobierno, pero referidas al ámbito provincial.

El desarrollo del régimen jurídico de los Subdelegados del Gobierno está recogido en el Real Decreto 617/1997, de 25 de abril, de Subdelegados del Gobierno y Directores insulares de la Administración general del Estado, que sigue en vigor en lo que no se oponga a las previsiones de la Ley 40/2015.

## **2. Los Directores insulares**

El artículo 70 de la Ley 40/2015 se remite al reglamento para determinar las islas en las que existirá la figura de los Directores insulares. El artículo 6 del Real Decreto 617/1997 concreta que habrá de existir esta figura en las islas de Menorca, Ibiza-Formentera, Lanzarote, Fuerteventura, La Palma, El Hierro y La Gomera.

Los Directores insulares dependen jerárquicamente del Delegado del Gobierno en la Comunidad autónoma o del Subdelegado del Gobierno en la provincia, cuando este cargo exista, y ejercen, en su ámbito territorial, las competencias atribuidas por la Ley 40/2015 a los Subdelegados del Gobierno en las provincias.

Su nivel se determinará en la relación de puestos de trabajo. Serán nombrados por el Delegado del Gobierno mediante el procedimiento de libre designación entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades autónomas o de las Entidades locales pertenecientes a Cuerpos o Escalas clasificados como Subgrupo A1.

El desarrollo de su régimen jurídico se halla contenido en el Real Decreto 617/1997, antes citado.

## **LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO EN EL EXTERIOR.**

La Administración general del Estado en el exterior está regulada en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la acción y del Servicio Exterior del Estado. De hecho, el artículo 80 de la Ley 40/2015 se limita a remitirse a ella, de manera que la regulación de ésta sólo se le aplica supletoriamente.

Es el título III de la Ley 2/2014 donde se regula la nueva configuración de la organización de la Administración general del Estado en el exterior: el llamado Servicio Exterior del Estado. Esta figura, ya apuntada en el Real Decreto 632/1987, de 8 de mayo, sobre organización de la Administración del Estado en el exterior, persigue la unidad de acción de todos los órganos de la Administración general del Estado en el exterior.

Así, el Servicio Exterior del Estado se integra por los órganos, unidades administrativas, instituciones y medios humanos y materiales de la Administración general del Estado que actúan en el exterior, bajo la dependencia jerárquica del embajador y orgánica y funcional de los respectivos departamentos ministeriales. A los embajadores y representantes

permanentes se les atribuye la condición de órganos directivos en el exterior.

Corresponde al Servicio Exterior del Estado aportar elementos de análisis y valoración necesarios para que el Gobierno formule y ejecute su política exterior, desarrolle su acción exterior y coordine la de todos los sujetos de la Acción Exterior del Estado; así como promover y defender los intereses de España en el exterior.

Asimismo, le corresponde prestar asistencia y protección y facilitar el ejercicio de sus derechos a los españoles en el exterior y prestar asistencia a las empresas españolas en el exterior, así como ejercer todas aquellas competencias que le atribuya la Ley 2/2014 y la normativa vigente. En el ejercicio de sus funciones, el Servicio Exterior del Estado actuará conforme a las normas del Derecho interno español, del Derecho de la Unión Europea, del Derecho internacional y con respeto a las leyes de los Estados extranjeros en los que actúa.

Como novedad, la Ley 2/2014 establece las bases para que el Consejo Ejecutivo de Política Exterior pueda recomendar la adopción de medidas de gestión integrada en las misiones diplomáticas a través del establecimiento, allí donde se considere necesario o conveniente, de una sección de servicios comunes que procure, además, un más eficiente aprovechamiento de los recursos humanos y materiales públicos. También se reconoce la necesidad e importancia de la incorporación del conocimiento especializado a la Acción Exterior del Estado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV.: *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, tomo II, Iustel, 1ª ed., 2009.

AA.VV.: *Tratado del sector público estatal*, 1ª ed., La Ley, 2010.

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, 26ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *Fundamentos de derecho público*, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte general*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 12.**

**EL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL ESTATAL.  
LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. LAS  
ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.**

## **TEMA 12. EL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL ESTATAL. LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS. LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES.**

### **I. EL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL ESTATAL**

El título II de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, supone el tercer intento legislativo de ordenar el sector público institucional del Estado y de codificar su regulación que se ha sucedido en el tiempo, después de la pionera Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre régimen jurídico de las entidades estatales autónomas, y del título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado. Con respecto a esta última, presenta importantes novedades: por una parte, contiene por primera vez algunas normas básicas aplicables al sector público institucional de todas las Administraciones públicas (capítulos I y VI del título II, artículos 129 y 134); por otra parte, intenta recoger la tipología completa de las entidades del sector público institucional del Estado, tanto las dotadas de forma de personificación de Derecho público como las de Derecho privado, incluyendo los fondos carentes de personalidad jurídica, como en su día había hecho la Ley de entidades estatales autónomas y en la actualidad ya venía haciendo la legislación presupuestaria. Asimismo, la Ley 40/2015 señala el final de la experiencia de las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, introducidas por la Ley 28/2006, de 18 de julio, con la intención inicial de constituir el nuevo paradigma de las entidades estatales de Derecho público, para quedar reducidas finalmente a una categoría más de organismos públicos caracterizada por criterios que no guardan coherencia con los que identifican y distinguen a los organismos autónomos de las entidades públicas empresariales.

#### **1. NORMAS BÁSICAS COMUNES AL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL DE TODAS LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

El capítulo I del título II de la Ley 40/2015 establece por primera vez una regulación básica, si bien muy somera, aplicable al sector público institucional de todas las Administraciones públicas. Éste se halla integrado, de acuerdo con el artículo 2.2 de la ley, por los organismos públicos, entidades de Derecho público y entidades de Derecho privado vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, así como por las Universidades públicas, aunque de estas últimas se matiza que se registrarán por su

normativa específica y sólo supletoriamente por las previsiones de la Ley 40/2015.

*- Fundamento competencial*

El fundamento competencial de estas normas es el que con carácter general invoca la disposición final decimocuarta para toda la ley: los números 18 (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas), 13 (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y 14 (Hacienda pública general) del artículo 149.1 de la Constitución. El primer fundamento mencionado es evidente en sí mismo, aunque la densidad normativa de las bases estatales en este caso es necesariamente muy reducida, por la necesidad de respetar la potestad de autoorganización de las Comunidades autónomas. Menos obvia es la relación de la ordenación general de la actividad económica con el régimen jurídico del sector público institucional, mientras que el título competencial relativo a la Hacienda pública general hay que entenderlo conectado con el artículo 135 de la Constitución en su nueva redacción, que lo ha vuelto omnipresente al consagrar los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Esa normativa básica común se ocupa de dos cuestiones: el establecimiento de unos principios generales de actuación para todas las entidades del sector público institucional y la regulación del Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local.

*- Principios generales de actuación*

Los principios generales de actuación aparecen enunciados en el artículo 81.1 de la Ley 40/2015, que menciona los siguientes: legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera y transparencia en la gestión. A éstos se les une la obligación de sujetarse en materia de personal, incluido el laboral, a las limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales. Por consiguiente, se recogen tres principios explícitamente consagrados por la Constitución, como son los de legalidad (artículo 9.3 y para la Administración, también 103.1), estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (artículo 135), más el de eficiencia, que se relaciona tanto con el principio de economía del artículo 103.1 de la Constitución como con los ya mencionados de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y el de transparencia en la línea de la nueva legislación dictada recientemente en la materia (Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen



gobierno). En cuanto a las limitaciones en materia de personal, están vinculadas igualmente a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Este claro predominio de las exigencias derivadas de la actual redacción del artículo 135 de la Constitución se manifiesta también en el artículo 81.2, que impone a todas las Administraciones públicas la obligación de establecer un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes, con el objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y su sostenibilidad financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción.

#### *- Inventario del sector público institucional*

En cuanto al Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local, no se puede decir que sea la Ley 40/2015 la que lo crea, pero sí que otorga a su regulación un rango normativo del que carecía. El llamado "Inventario de Entes del Sector Público Estatal, Autonómico y Local" o "Inventario de Entes del Sector Público" aparece mencionado en el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, cuyo artículo 11.1.k) atribuye a la Intervención General de la Administración del Estado la "integración y gestión del Inventario de Entes del Sector Público Estatal, Autonómico y Local y su publicación como instrumento que garantice la ordenación, información, transparencia y control de las entidades del sector público". Se habla de integración porque este inventario se ha formado uniendo otros tres: el Inventario de Entes del Sector Público Estatal que venía manteniendo al menos desde 2009 la Intervención General de la Administración del Estado, el Inventario de Entes Dependientes de las Comunidades Autónomas, regulado por el artículo 11 de la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y el Inventario de Entes del Sector Público Local, creado por el título I del Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, general de estabilidad presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales, aprobado por el Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre.

El artículo 82.1, de la Ley 40/2015 configura el Inventario como un registro público administrativo que garantiza la información pública y la ordenación de todas las entidades

integrantes del sector público institucional cualquiera que sea su naturaleza jurídica. Recogiendo de manera casi literal lo establecido por el ya citado artículo 11.1.k) del Real Decreto 256/2012, mantiene la competencia de la Intervención General de la Administración del Estado para su integración, gestión y publicación, y recoge también la competencia de la Secretaría general de Coordinación autonómica y local para la captación y el tratamiento de la información enviada por las Comunidades autónomas y las entidades locales para la formación y mantenimiento del inventario.

Los apartados 2 y 3 del artículo 83 indican el contenido mínimo del Inventario y los actos inscribibles en él. Precisamente de la inscripción en el Inventario se ocupa el siguiente artículo, el 83, que prevé dos plazos: uno de treinta días hábiles a contar desde que ocurra el acto inscribible (si se trata de la creación de entidades, desde la entrada en vigor de la norma o acto de creación) para la comunicación de la información al Inventario por la Administración correspondiente, y otro de quince días hábiles para la práctica de la inscripción.

De especial trascendencia es la previsión del artículo 83.1.c), que condiciona la asignación por parte de la Administración tributaria del número de identificación fiscal definitivo y de la letra identificativa que corresponda a la entidad de acuerdo con su naturaleza jurídica a la aportación de la certificación de la inscripción en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local. Puede decirse que ésta norma es el complemento de carácter coercitivo que trata de garantizar que todas las Administraciones públicas van a cumplir la obligación de solicitar la inscripción de sus respectivas entidades instrumentales en el Inventario (al menos, en el momento inicial de la creación de la mismas, si quieren que tengan operatividad en el tráfico jurídico).

## **2. NORMAS COMUNES A TODAS LA ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO INSTITUCIONAL ESTATAL**

### *- Tipología de entidades*

La Ley 40/2015 pretende recoger la tipología completa de las entidades del sector público institucional, a través de una lista taxativa contenida en su artículo 84.1. El carácter taxativo de esta lista deriva del artículo 84.2, que prohíbe a la Administración general del Estado y a las entidades integrantes del sector público institucional estatal, por sí mismas

o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, crear o ejercer el control efectivo, directa o indirectamente, sobre ningún otro tipo de entidad distinta, con independencia de su naturaleza y régimen jurídico.

- Las primeras entidades que se mencionan en la lista del artículo 84.1, son los *organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración general del Estado*, clasificados en organismos autónomos y entidades públicas empresariales, tal como hacía la redacción original de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado, antes de su reforma por la Ley de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos. Por consiguiente, desaparecen las agencias como tercer tipo de organismos públicos estatales y, en coherencia con ello, la disposición derogatoria única de la Ley 40/2015 deroga expresamente en su letra e) la Ley de agencias.

- En segundo lugar, aparecen las *autoridades administrativas independientes*, que hasta ahora estaban enunciadas, aunque no propiamente reguladas, en la disposición adicional décima de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado. Hay que recordar, sin embargo, que la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, había intentado introducir una regulación común para algunas de ellas (las consideradas “organismos reguladores”) a través del capítulo II de su título I, de corta vigencia debido a que fue derogado por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

- El tercer tipo de entidades que se enumeran son las *sociedades mercantiles estatales*, de las que se ocupaba la disposición adicional duodécima de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado, aunque esencialmente para remitirse al Ordenamiento jurídico privado y, en el caso de las que adoptan la forma de sociedad anónima, a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas. El título VII de esta última ley, relativo al patrimonio empresarial de la Administración general del Estado, y, en particular, el capítulo II del mismo (disposiciones especiales aplicables a las sociedades mercantiles estatales con forma de sociedad anónima) no se han visto afectados por la Ley 40/2015 más que en muy escasa medida.

- A continuación encontramos los *consorcios*, para los que el legislador estatal ya había

dictado una normativa básica a través de la disposición adicional vigésima que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, introdujo en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento común, complementada después por los artículos 12 al 15 y la disposición adicional sexta de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa. La Ley 40/2015 no se preocupa de derogar expresamente la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992, ya que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, va a derogar por completo la Ley 30/1992, pero sí de suprimir los preceptos antes citados de la Ley 15/2014 junto a aquellos otros de la legislación estatal de régimen local que regulaban este tipo de entidades: el artículo 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, el artículo 110 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y los artículos 37, 38, 39 y 40 del Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

- Un quinto tipo de entidades que se mencionan son las *fundaciones del sector público estatal*, reguladas hasta ahora por los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, que la disposición derogatoria única, letra d), de la Ley 40/2015 deroga de forma expresa.

- En sexto lugar aparecen los *fondos carentes personalidad jurídica*, de los que la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado no se ocupaba, salvo en el caso de los fondos de garantía de depósitos de entidades de crédito y tan sólo para remitirse a su legislación específica (disposición adicional octava), mientras que la Ley general presupuestaria sí los incluía expresamente en su ámbito de aplicación a través de la redacción original del artículo 2.2 (“fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúe mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado”). De todas formas, no deja de ser discutible que, careciendo de personalidad jurídica, se consideren “entidades” del sector público institucional. En este sentido, era más correcto el criterio inicial de la Ley general presupuestaria, que los mencionaba de manera separada a los entes personificados.

- El último tipo de entidades incluido en la lista del artículo 84.1, son las *Universidades públicas no transferidas*, que en la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado se citan en la disposición adicional décima con las autoridades administrativas independientes. El legislador estatal parece no tener muy claro dónde ubicarlas, porque, aunque ahora se enuncian como un tipo específico de entidades del sector público, en realidad el título II de la Ley 40/2015 no dedica ninguno de sus capítulos a su regulación, a diferencia de lo que ocurre con el resto de las entidades de la lista del artículo 84.1. En vez de ello, el apartado 3 de este último precepto se limita a remitirse a la Ley general presupuestaria y a “lo dispuesto en esta ley en lo que no esté previsto en su normativa específica”, normativa que no puede ser otra que la Ley orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Por ello, quizás se deberían haber omitido de la lista y previsto su régimen jurídico en una disposición adicional, tal como se ha hecho con otras entidades del sector público institucional estatal con regímenes jurídicos especiales.

- *Control de eficacia y supervisión continua*

Como ya se ha dicho, el artículo 81.2 de la Ley 40/2015 impone como norma básica a todas las Administraciones públicas el establecimiento de un sistema de supervisión continua de sus entidades dependientes. Pues bien, esto se desarrolla para el sector público institucional estatal en el artículo 85, que prevé tres instrumentos de necesaria aplicación a todas las entidades (aunque en el caso de las autoridades administrativas independientes con los matices que impone su régimen de especial autonomía): el plan de actuación y los planes anuales, el control de eficacia y la supervisión continua.

Así, el segundo párrafo del artículo 85.1 establece que todas las entidades integrantes del sector público institucional estatal contarán en el momento de su creación con un plan de actuación. Éste contendrá las líneas estratégicas en torno a las cuales se desenvolverá la actividad de la entidad y se revisará cada tres años. Por su parte, los planes de anuales desarrollarán el de creación para el ejercicio siguiente.

El control de eficacia es atribuido por el artículo 85.2 al departamento al que cada entidad esté adscrita, que lo ejercerá a través de la correspondiente inspección de servicios. Su objeto es evaluar el cumplimiento de los objetivos propios de la actividad específica de la

entidad y la adecuada utilización de los recursos, de acuerdo con lo establecido en el plan de actuación y las actualizaciones anuales, sin perjuicio del control que de acuerdo con la Ley general presupuestaria se ejerza por la Intervención General de la Administración del Estado.

Por último, el apartado 3 del artículo dispone que todas las entidades integrantes del sector público institucional estatal están sujetas desde su creación hasta su extinción a la supervisión continua del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas, a través de la Intervención General de la Administración del Estado. El objeto de esta supervisión es verificar la subsistencia de las circunstancias que justificaron su creación de la entidad, su sostenibilidad financiera y la concurrencia de la causa de disolución prevista en la propia Ley 40/2015 referida al incumplimiento de los fines que justificaron su creación o que su subsistencia no resulte el medio más idóneo para lograrlos.

El artículo 85 concluye obligando a que los resultados de la evaluación efectuada tanto por el Ministerio de adscripción como por el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas se plasmen en un informe sujeto a procedimiento contradictorio, aunque no se especifica con qué periodicidad, cuestión que hay que entender que queda diferida al desarrollo reglamentario de la ley. El informe, según las conclusiones que se hayan obtenido, podrá contener recomendaciones de mejora o una propuesta de transformación o supresión de la entidad.

*- Consideración como medio propio y servicio técnico*

Para determinar cuándo las entidades del sector público institucional estatal pueden ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y de los demás entes del sector público, el artículo 86 de la Ley 40/2015 se remite a las condiciones y requisitos establecidos en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Sin embargo, a continuación el apartado 2 del artículo establece dos requisitos adicionales.

El primero de esos requisitos añadidos consiste en que se acredite que la entidad dispone de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con la norma o acuerdo de creación. Esta previsión sin duda intenta evitar que se utilicen supuestos medios propios como pantallas

o intermediarios para derivar prestaciones a entidades del sector privado eludiendo total o parcialmente las normas de la contratación pública. El segundo requisito implica que el recurso a la entidad que pretende actuar como medio propio o bien tiene que ser una opción más eficiente que la contratación pública y resultar sostenible y eficaz, conforme a criterios de rentabilidad económica, o bien tiene que resultar necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

El último párrafo del artículo 86.2 añade que la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional (hay que entender de nuevo que estatal) que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación “Medio Propio” o su abreviatura “M.P.”.

*- Transformaciones de las entidades integrantes del sector público institucional estatal*

El artículo 87.1 de la Ley 40/2015 permite que cualquier organismo autónomo, entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o fundación del sector público institucional estatal se transforme y adopte la naturaleza jurídica de cualquiera de las entidades citadas. La transformación tendrá lugar, conservando su personalidad jurídica, por cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo de la entidad transformada con sucesión universal de derechos y obligaciones, sin que se alteren las condiciones financieras de las obligaciones asumidas ni se pueda entender como causa de resolución de las relaciones jurídicas.

La transformación se llevará a cabo mediante Real Decreto, aunque suponga modificación de la ley de creación de la entidad.

El apartado 4 del artículo 87 establece reglas especiales para los casos en que un organismo autónomo o entidad pública empresarial se transforme en una entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o en una fundación del sector público. En estos casos, el Real Decreto mediante el que se lleve a cabo la transformación deberá ir acompañado de la siguiente documentación:

a) Una memoria que incluya:

1.º Una justificación de la transformación por no poder asumir sus funciones manteniendo su naturaleza jurídica originaria.



2.º Un análisis de eficiencia que incluirá una previsión del ahorro que generará la transformación y la acreditación de inexistencia de duplicidades con las funciones que ya desarrolle otro órgano, organismo público o entidad preexistente.

3.º Un análisis de la situación en la que quedará el personal, indicando si, en su caso, parte del mismo se integrará, bien en la Administración general del Estado o bien en la entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o fundación que resulte de la transformación.

b) Un informe preceptivo de la Intervención General de la Administración del Estado en el que se valorará el cumplimiento de lo previsto en este artículo.

Finalmente, el artículo 87.5 especifica que la aprobación del Real Decreto de transformación conllevará:

a) La adaptación de la organización de los medios personales, materiales y económicos que resulte necesaria por el cambio de naturaleza jurídica.

b) La posibilidad de integrar el personal en la entidad transformada o en la Administración general del Estado. En su caso, esta integración se llevará a cabo de acuerdo con los procedimientos de movilidad establecidos en la legislación de función pública o en la legislación laboral que resulte aplicable.

Los distintos tipos de personal de la entidad transformada tendrán los mismos derechos y obligaciones que les correspondan de acuerdo con la normativa que les sea de aplicación, sin que la adaptación, en su caso, de personal que conlleve la transformación suponga, por sí misma, la atribución de la condición de funcionario público al personal laboral que prestase servicios en la entidad transformada. De hecho, la integración de quienes hasta ese momento vinieran ejerciendo funciones reservadas a funcionarios públicos sin serlo podrá realizarse con la condición de "a extinguir", debiéndose valorar previamente las características de los puestos afectados y las necesidades de la entidad donde se integren.

En todo caso, de la ejecución de las medidas de transformación no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial preexistente en la entidad transformada.

*- Adaptación a la Ley 40/2015 y régimen transitorio*

Una de las cuestiones más complejas que plantea la entrada en vigor de un nuevo



régimen jurídico general para los entes instrumentales es la adaptación al mismo de los ya existentes. En la Ley 40/2015 esta cuestión se aborda en la disposición adicional cuarta, que en realidad debería ser una disposición transitoria, pues establece un plazo de tres años desde la entrada en vigor de la ley para que todas las entidades y organismos públicos estatales existentes en ese momento se adapten al contenido de la misma. Esta disposición añade que la adaptación se realizará preservando las actuales especialidades de los organismos y entidades en materia de personal, patrimonio, régimen presupuestario, contabilidad, control económico-financiero y de operaciones como agente de financiación (incluyendo, respecto de estas últimas, el sometimiento, en su caso, al Ordenamiento jurídico privado); no obstante, se añade la precisión de que la preservación de las especialidades queda condicionada a que no hayan generado deficiencias importantes en el control de ingresos y gastos que causen una situación de desequilibrio financiero en el momento de la adaptación.

Como complemento de lo anterior, y en relación con las previsiones del artículo 86 sobre la consideración como medio propio y servicio técnico, la disposición adicional sexta establece que todas las entidades y organismos públicos que en el momento de la entrada en vigor de la Ley 40/2015 tengan la condición de medio propio en el ámbito estatal deberán adaptarse a lo previsto en ella en el plazo de seis meses a contar desde su entrada en vigor.

En cuanto al régimen transitorio, se regula en tres disposiciones distintas de la Ley 40/2015. La disposición adicional cuarta, ya citada, termina su primer párrafo diciendo que las entidades preexistentes a la entrada en vigor de la ley que tengan que adaptarse a la misma se regirán por su normativa específica hasta que esa adaptación se realice, lo que después reitera el apartado 1 de la disposición transitoria segunda. Sin embargo, esto se contradice con la disposición derogatoria única, que deroga expresamente, hay que entender que con efectos desde la entrada en vigor de la Ley 40/2015 (ya que no se especifica otra cosa), buena parte de la normativa con rango de ley que regulaba las entidades del sector público institucional estatal; el legislador sólo se acuerda de salvar la Ley de agencias “hasta que, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional cuarta, concluya el plazo de adaptación de las agencias existentes en el sector público estatal”.

En la misma línea de la disposición adicional cuarta y del apartado 1 de la disposición

transitoria segunda, la disposición transitoria primera señala que la composición y clasificación del sector público institucional estatal prevista en el artículo 84 se aplicará únicamente a los organismos públicos y las entidades integrantes del sector público institucional estatal que se creen tras la entrada en vigor de la Ley 40/2015, así como a los que se hayan adaptado de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional cuarta.

Frente a todo lo anterior, el apartado 2 de la disposición transitoria segunda obliga a aplicar la Ley 40/2015 en todo o en parte desde su entrada en vigor a la mayoría de las entidades preexistentes “en tanto no resulte contrario a su normativa específica”. En concreto, los organismos públicos (y no se aclara si se incluye a las agencias, que eran organismos públicos antes de la entrada en vigor de la Ley 40/2015, o si ya se está haciendo referencia a la nueva tipología de entidades del sector público institucional, que las excluye) tendrán que aplicar los principios establecidos en el capítulo I del título II y el régimen de control previsto en los artículos 85 y 92.2 así como, si se transformaran, fusionaran, disolvieran o liquidaran, lo dispuesto en los artículos 87, 94, 96 y 97. Por su parte, las sociedades mercantiles estatales, los consorcios, las fundaciones del sector público estatal y los fondos carentes personalidad jurídica aplicarán los correspondientes capítulos del título II de la ley a ellos dedicados. Al final, sólo quedan completamente al margen de la aplicación de la Ley 40/2015 mientras no se adapten a ella las autoridades administrativas independientes preexistentes y, según como se interprete este apartado 2 de la disposición transitoria segunda, las agencias estatales.

### **3. NORMAS COMUNES A LOS ORGANISMOS PÚBLICOS ESTATALES**

#### *- Definición y actividades*

La definición de los organismos públicos se lleva a cabo en el artículo 88 de la Ley 40/2015 por referencia a las actividades que pueden realizar. Así, son organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, bien directamente o bien a través de otro organismo público, los creados para la realización de:

- Actividades administrativas, sean de fomento, prestación o de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.
- Actividades de contenido económico reservadas a las Administraciones públicas.
- La supervisión o regulación de sectores económicos, y cuyas características justifiquen su

organización en régimen de descentralización funcional o de independencia.

Añade el artículo 89 que los organismos públicos tiene personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, en los términos previstos en la Ley 40/2015.

*- Potestades administrativas*

Dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria. En particular, los estatutos podrán atribuir a los organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento para cumplir con los fines y el servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio.

Los actos y resoluciones dictados por los organismos públicos en el ejercicio de potestades administrativas son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

*- Estructura organizativa básica*

Faltaba en la legislación anterior una previsión de la estructura organizativa básica de los organismos públicos estatales, remitiéndose por completo la cuestión a los estatutos de cada entidad. Esa remisión se mantiene en el artículo 90.1, de la Ley 40/2015, pero al mismo tiempo se establece que los “los máximos órganos de gobierno son el Presidente y el Consejo Rector”, sin perjuicio de que los estatutos puedan “prever otros órganos de gobierno con atribuciones distintas”.

En todo caso, en consonancia con el régimen de control de eficacia al que deben someterse todas las entidades del sector público institucional estatal, el precepto que nos ocupa dispone que la dirección del organismo público ha de establecer un modelo de control orientado a conseguir una seguridad razonable en el cumplimiento de sus objetivos. También se menciona en el artículo 90.2 la clasificación de los organismos públicos estatales en los tres grupos que contempla 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, a efectos de fijar el número

máximo de miembros de los órganos de gobierno, el número mínimo y máximo de directivos y la cuantía máxima de la retribución total de estos últimos, con determinación del porcentaje máximo del complemento de puesto y variable, clasificación que llevará a cabo el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas.

#### *- Creación*

Las reglas sobre creación de organismos públicos estatales aparecen en el artículo 91 de la Ley 40/2015, que reserva a la ley esa creación, y añade que ésta establecerá:

- a) El tipo de organismo público que crea, con indicación de sus fines generales, así como el Departamento de dependencia o vinculación.
- b) En su caso, los recursos económicos, así como las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, fiscal y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan norma con rango de ley.

El anteproyecto de ley de creación del organismo público que se eleve al Consejo de Ministros deberá ser acompañado de una propuesta de estatutos y de un plan inicial de actuación, junto con el informe preceptivo favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas que valorará el cumplimiento de lo previsto en el artículo de la Ley 40/2015.

Hay que tener en cuenta también que el artículo 95 de la Ley 40/2015 prevé que las normas de creación de los organismos públicos estatales incluirán la gestión compartida de algunos o todos los servicios comunes que define el apartado 2 del artículo (gestión de bienes inmuebles, sistemas de información y comunicación, asistencia jurídica, contabilidad y gestión financiera, publicaciones y contratación pública), salvo que en la memoria que acompañe a la norma de creación se justifique la decisión de no compartirlos por razones de eficiencia, de seguridad nacional o de necesidad de gestión autónoma en atención a la independencia del organismo.

#### *- Plan inicial de actuación*

Del plan inicial de actuación de los organismos públicos se ocupa el artículo 92 de la Ley 40/2015, que lo configura como una mezcla de memoria justificativa y de plan de actuación propiamente dicho. Así, éste deberá contener:

- a) Las razones que justifican la creación de un nuevo organismo público, por no poder asumir esas funciones otro ya existente, así como la constatación de que la creación no supone duplicidad con la actividad que desarrolle cualquier otro órgano o entidad preexistente.
- b) La forma jurídica propuesta y un análisis que justifique que la elegida resulta más eficiente frente a otras alternativas de organización que se hayan descartado.
- c) La fundamentación de la estructura organizativa elegida, determinando los órganos directivos y la previsión sobre los recursos humanos necesarios para su funcionamiento.
- d) El anteproyecto del presupuesto correspondiente al primer ejercicio junto con un estudio económico-financiero que acredite la suficiencia de la dotación económica prevista inicialmente para el comienzo de su actividad y la sostenibilidad futura del organismo, atendiendo a las fuentes futuras de financiación de los gastos y las inversiones, así como a la incidencia que tendrá sobre los presupuestos generales del Estado.
- e) Los objetivos del organismo, justificando su suficiencia o idoneidad, los indicadores para medirlos, y la programación plurianual de carácter estratégico para alcanzarlos, especificando los medios económicos y personales que dedicará, concretando en este último caso la forma de provisión de los puestos de trabajo, su procedencia, coste, retribuciones e indemnizaciones, así como el ámbito temporal en que se prevé desarrollar la actividad del organismo.

Asimismo, se incluirán las consecuencias asociadas al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos y, en particular, su vinculación con la evaluación de la gestión del personal directivo en el caso de incumplimiento. A tal efecto, el reparto del complemento de productividad o concepto equivalente se realizará teniendo en cuenta el grado de cumplimiento de los objetivos establecidos en el plan de creación y en los anuales.

Este plan inicial de actuación se tendrá que actualizar cada año mediante el correspondiente plan anual de actuación, que deberá ser aprobado en el último trimestre del año natural para el ejercicio siguiente por el departamento del que dependa o al que esté vinculado el organismo, y deberá guardar coherencia con el programa de actuación plurianual previsto en la normativa presupuestaria. El plan de actuación incorporará, cada tres años, una revisión de la programación estratégica del organismo. Incluso se prevén

las consecuencias que conlleva la falta de aprobación del plan anual de actuación dentro del plazo fijado: si se debe a una causa imputable al organismo, llevará aparejada la paralización de las transferencias que deban realizarse a favor del mismo con cargo a los presupuestos generales del Estado, salvo que el Consejo de Ministros adopte otra decisión.

De acuerdo con la normativa de transparencia, el plan de actuación y los anuales, así como sus modificaciones, se harán públicos en la página web del organismo público al que corresponda.

#### *- Estatutos*

La regulación de los estatutos de los organismos públicos estatales está contenida en el artículo 93 de la Ley 40/2015, que establece que los mismos regularán, al menos, los siguientes extremos:

- a) Las funciones y competencias del organismo, con indicación de las potestades administrativas que pueda ostentar.
- b) La determinación de su estructura organizativa, con expresión de la composición, funciones, competencias y rango administrativo que corresponda a cada órgano. Asimismo se especificarán aquellos de sus actos y resoluciones que agoten la vía administrativa.
- c) El patrimonio que se les asigne y los recursos económicos que hayan de financiarlos.
- d) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio, presupuesto y contratación.
- e) La facultad de participación en sociedades mercantiles cuando ello sea imprescindible para la consecución de los fines asignados.

Los estatutos de los organismos públicos se aprobarán por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas y del Ministerio al que el organismo esté vinculado o sea dependiente, debiendo producirse tanto la aprobación como la publicación de los mismos con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público.

#### *- Fusión*

El artículo 94 de la Ley 40/2015 se ocupa de la fusión de los organismos públicos, que tiene dos modalidades: por integración en un nuevo organismo público y por absorción por un organismo público ya existente. En ambos casos, el organismo fusionado se extingue y

la operación se lleva a cabo mediante norma reglamentaria, aunque suponga modificación de la ley de creación. Esta deslegalización es coherente con lo que con carácter más general establece el artículo 87.3 de la Ley 40/2015 para las transformaciones de las entidades del sector público institucional estatal.

En todo caso, la norma reglamentaria de fusión deberá ir acompañada de un “plan de redimensionamiento” para la adecuación de las estructuras organizativas, inmobiliarias, de personal y de recursos resultantes de la nueva situación, y en el que deberá quedar acreditado el ahorro que generará la fusión, inciso este último que deja bien claro cuál es la finalidad principal de estas operaciones. Además, se prevé que, si alguno de los organismos públicos estuviese en situación de desequilibrio financiero, se podrá disponer en el plan que las obligaciones, bienes y derechos patrimoniales que se consideren liquidables y deriven de la actividad que ocasionó el desequilibrio se integren en un fondo, sin personalidad jurídica y con contabilidad separada, adscrito al nuevo organismo público o al absorbente, según el tipo de fusión.

Por último, el artículo 94.4 regula la manera en que se lleva a efecto la fusión, una vez quede aprobada la norma de fusión. Así, esa aprobación conllevará:

- a) La integración de las organizaciones de los organismos públicos fusionados, incluyendo los medios personales, materiales y económicos, en los términos previstos en el plan de redimensionamiento.
- b) La aplicación al personal de las mismas reglas previstas con carácter general en el artículo 87.5.b) para 87.3 para las transformaciones de las entidades del sector público institucional estatal.
- c) La cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo de los organismos públicos extinguidos en el nuevo organismo público resultante de la fusión o en el organismo público absorbente, según proceda, que le sucederá universalmente en todos sus derechos y obligaciones, sin que la fusión altere las condiciones financieras de las obligaciones asumidas ni pueda ser entendida como causa de resolución de las relaciones jurídicas.
- d) Si se hubiera previsto en el plan de redimensionamiento, la integración de las obligaciones, bienes y derechos patrimoniales que se consideren liquidables en un fondo,



sin personalidad jurídica y con contabilidad separada, adscrito al nuevo organismo público resultante de la fusión o al organismo público absorbente, según proceda, que designará un liquidador al que le corresponderá la liquidación de este fondo. La liquidación deberá llevarse a cabo durante los dos años siguientes a la aprobación de la norma reglamentaria de fusión, salvo que el Consejo de Ministros acuerde su prórroga, sin perjuicio de los posibles derechos que puedan corresponder a los acreedores. La aprobación de las normas a las que tendrá que ajustarse la contabilidad del fondo corresponderá al Ministro de Hacienda y Administraciones públicas a propuesta de la Intervención General de la Administración del Estado.

*- Disolución, liquidación y extinción*

La Ley 40/2015 regula separadamente la disolución de los organismos públicos estatales, a la que se refiere el artículo 96, y la liquidación y extinción, que se aborda en el artículo 97.

En lo que se refiere a la disolución, se procede a una deslegalización similar a la que se aplica a la fusión, puesto que los supuestos de la misma se enuncian en el artículo 96.1 a través de una lista abierta. Así, los organismos públicos deberán disolverse:

- a) Por el transcurso del tiempo de existencia señalado en la ley de creación.
- b) Porque la totalidad de sus fines y objetivos sean asumidos por los servicios de la Administración general del Estado.
- c) Porque sus fines hayan sido totalmente cumplidos, de forma que no se justifique la pervivencia del organismo público, y así se haya puesto de manifiesto en el control de eficacia.
- d) Cuando del seguimiento del plan de actuación resulte el incumplimiento de los fines que justificaron la creación del organismo o que su subsistencia no es el medio más idóneo para lograrlos y así se concluya en el control de eficacia o de supervisión continua.
- e) Por encontrarse en situación de desequilibrio financiero durante dos ejercicios presupuestarios consecutivos. Esta situación de desequilibrio financiero se referirá, para los entes que tengan la consideración de Administración pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, a su necesidad de financiación en términos del Sistema Europeo de



Cuentas, mientras que para los demás entes se entenderá como la situación de desequilibrio financiero manifestada en la existencia de resultados brutos negativos de explotación en dos ejercicios contables consecutivos.

f) Por cualquier otra causa establecida en los estatutos.

g) Cuando así lo acuerde el Consejo de Ministros siguiendo el procedimiento determinado al efecto en el acto jurídico que acuerde la disolución.

Asimismo, los apartados 2 y 3 del artículo 96 prevén la disolución automática, por ministerio de la ley, de aquellos organismos públicos que incurran en las causas de disolución si los órganos competentes no actúan para que ésta se acuerde expresamente. En relación con las causas de disolución concretas enunciadas por el apartado 1, menos la consistente en encontrarse en situación de desequilibrio financiero durante dos ejercicios presupuestarios consecutivos, se otorga al titular del máximo órgano de dirección del organismo un plazo de dos meses para comunicar su concurrencia al ministerio de adscripción, transcurrido el cual sin que se haya producido la comunicación se produce la disolución automática; igualmente, el Consejo de Ministros tiene un plazo de dos meses desde la recepción de la comunicación para adoptar y publicar el acuerdo de disolución, con la misma consecuencia de disolución automática en caso de incumplimiento del plazo.

En cambio, cuando la causa de disolución es el desequilibrio financiero no se prevé la disolución automática por no comunicar la circunstancia en el plazo de dos meses, ni tampoco por la no aprobación en el mismo plazo desde la comunicación del plan de corrección del desequilibrio previsto por el artículo 96.3. Sólo cuando el plan se aprueba y se aplica durante dos ejercicios consecutivos sin que se consiga corregir el desequilibrio se abre para comunicar esto último un plazo de cinco días naturales cuyo incumplimiento sí da lugar a la disolución automática, igual que ocurre si se formula la comunicación y el Consejo de Ministros no aprueba y publica el acuerdo de disolución en el plazo de dos meses del apartado 2 (a menos que se acuerde la prórroga de la duración del plan de corrección).

La ley se preocupa también de establecer lo que supone la disolución automática: la prohibición de que el organismo público realice ningún acto jurídico, salvo los estrictamente necesarios para garantizar la eficacia de su liquidación y extinción.

Esta última cuestión se regula, como se ha dicho, en el artículo 97 de la Ley 40/2015. La liquidación de los organismos públicos se inicia de manera automática una vez publicado el acuerdo de disolución, o producida ésta por ministerio de la ley en los que términos ya analizados. La liquidación tiene lugar por la cesión e integración global, en unidad de acto, de todo el activo y el pasivo del organismo público en la Administración general del Estado, que le sucederá universalmente en todos sus derechos y obligaciones. La responsabilidad que les corresponda a los empleados públicos como miembros del órgano o entidad designado como liquidador será asumida directamente por la Administración general del Estado, sin perjuicio de que ésta les pueda exigir de oficio la responsabilidad en que hubieran incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando haya concurrido dolo, o culpa o negligencia graves, conforme a lo previsto en las leyes administrativas en materia de responsabilidad patrimonial.

En definitiva, la Administración general del Estado se subroga automáticamente en todas las relaciones jurídicas que tuviera el organismo público con sus acreedores, tanto de carácter principal como accesorias, a la fecha de adopción del acuerdo de disolución o, en su defecto, a la fecha en que concurriera la causa de disolución, incluyendo los activos y pasivos sobrevenidos. Esta subrogación no alterará las condiciones financieras de las obligaciones asumidas ni podrá ser entendida como causa de resolución de las relaciones jurídicas. Finalmente, una vez formalizada la liquidación del organismo público, se producirá su extinción automática.

## **II. ORGANISMOS AUTÓNOMOS ESTATALES**

### *- Definición, dependencia y denominación (artículo 98)*

Los organismos autónomos estatales se definen en el artículo 98.1 de la Ley 40/2015 como entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, tesorería y patrimonio propios y autonomía en su gestión, que desarrollan actividades propias de la Administración pública, tanto actividades de fomento, prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación, en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas y dependientes de ésta.

Los organismos autónomos dependen directamente de la Administración general del

Estado, a la que corresponde su dirección estratégica, la evaluación de los resultados de su actividad y el control de eficacia.

Tal como se establece en la Ley 40/2015 para todos los tipos de entidades del sector público institucional estatal, con independencia de cuál sea su denominación, cuando un organismo público tenga la naturaleza jurídica de organismo autónomo deberá figurar en su denominación la indicación "organismo autónomo" o su abreviatura "O.A.". Esta medida tratar de poner coto a la confusión que las denominaciones de los entes instrumentales producen en muchas ocasiones al no dar una idea correcta de su naturaleza jurídica.

- *Régimen jurídico general* (artículo 99)

Los organismos autónomos se registrarán por lo dispuesto en la propia Ley 40/2015, en su ley de creación, sus estatutos, la Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas y el resto de las normas de Derecho administrativo general y especial que le sea de aplicación. En defecto de norma administrativa, se aplicará el Derecho común.

A continuación, dicho régimen jurídico general se especifica en los siguientes términos:

- *Personal* (artículo 100.1)

El personal al servicio de los organismos autónomos será funcionario o laboral, y se registrará por lo previsto en Estatuto básico del empleado público y demás normativa reguladora de los funcionarios públicos y por la normativa laboral. El nombramiento de los titulares de los órganos de los organismos autónomos se registrará por las normas aplicables a la Administración general del Estado. El titular del máximo órgano de dirección del organismo tendrá atribuidas, en materia de gestión de recursos humanos, las facultades que le asigne la legislación específica. El organismo autónomo estará obligado a aplicar las instrucciones sobre recursos humanos dictadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas y a comunicarle a este departamento cuantos acuerdos o resoluciones adopte en aplicación del régimen específico de personal establecido en su Ley de creación o en sus estatutos.

- *Contratación* (artículo 100.2)

La contratación de los organismos autónomos se ajustará a lo dispuesto en la legislación sobre contratación del sector público. El titular del máximo órgano de dirección del organismo autónomo será el órgano de contratación.

- *Patrimonio* (artículo 101.1)

Los organismos autónomos tendrán, para el cumplimiento de sus fines, un patrimonio propio, distinto del de la Administración pública, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que sean titulares. La gestión y administración de sus bienes y derechos propios, así como de aquellos del Patrimonio de la Administración que se les adscriban para el cumplimiento de sus fines, será ejercida de acuerdo a lo establecido para los organismos autónomos en la Ley de patrimonio de las Administraciones públicas.

- *Recursos económicos* (artículo 101.2)

Los recursos económicos de los organismos autónomos podrán provenir de las siguientes fuentes:

- a) Los bienes y valores que constituyen su patrimonio.
- b) Los productos y rentas de dicho patrimonio.
- c) Las consignaciones específicas que tuvieren asignadas en los presupuestos generales del Estado.
- d) Las transferencias corrientes o de capital que procedan de la Administración o entidades públicas.
- e) Las donaciones, legados, patrocinios y otras aportaciones de entidades privadas y de particulares.
- f) Cualquier otro recurso que estén autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan o que pudieran serles atribuidos.

- *Presupuestos, contabilidad y control económico-financiero* (artículo 102).

Los organismo autónomos aplicarán el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control establecido por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria.

### **III. LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES**

#### *- Definición, dependencia y denominación (artículo 103)*

Las entidades públicas empresariales se definen en el artículo 103.1 de la Ley 40/2015 como entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación. De acuerdo con el artículo 107.3, se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas. A tales efectos se tomará en consideración la clasificación de las diferentes entidades públicas a los efectos de la contabilidad nacional que efectúe el Comité Técnico de Cuentas Nacionales y que se recogerá en el Inventario de Entidades del sector Público estatal, Autonómico y Local.

Las entidades públicas empresariales dependen de la Administración General del Estado o de un Organismo autónomo vinculado o dependiente de ésta, al que le corresponde la dirección estratégica, la evaluación de los resultados de su actividad y el control de eficacia.

Como en el caso de los demás tipos de entidades del sector público institucional estatal, con independencia de cuál sea su denominación, cuando un organismo público tenga naturaleza jurídica de entidad pública empresarial deberá figurar en su denominación la indicación de "entidad pública empresarial" o su abreviatura "E.P.E".

#### *- Régimen jurídico general (artículos 104 y 105)*

El régimen jurídico general aplicable a las entidades públicas empresariales se recoge en el artículo 104 de la Ley 40/2015, y es uno de sus principales rasgos distintivos con respecto a los organismos autónomos. A diferencia de éstos, las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la Ley 40/2015, en su ley de creación, sus estatutos, la Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas,

el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, la Ley de patrimonio de las Administraciones públicas, y el resto de normas de derecho administrativo general y especial que le sean de aplicación.

Sobre el ejercicio de potestades administrativas por estas entidades, el artículo 105 aclara que sólo puede ser llevado a cabo por aquellos órganos a los que los estatutos les asignen expresamente esta facultad. No obstante, los órganos de las entidades públicas empresariales no son asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración general del Estado, salvo las excepciones que, a determinados efectos se fijen, en cada caso, en sus estatutos.

- *Personal* (artículo 106)

La regla general es que las entidades públicas empresariales estén dotadas de personal laboral, aunque se prevé también que la ley de creación de cada entidad pública empresarial deberá determinar las condiciones conforme a las cuales los funcionarios de la Administración general del Estado podrán cubrir destinos en ella.

La selección del personal laboral de estas entidades se realizará conforme a las siguientes reglas:

- a) El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, será nombrado con arreglo a los criterios de competencia profesional y experiencia establecidos en el artículo 55.11 de la Ley 40/2015, atendiendo a la experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.
- b) El resto del personal será seleccionado mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, requerirán el informe conjunto, previo y favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Este último efectuará, con la periodicidad adecuada, controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos, conforme a los criterios previamente establecidos por los mismos.

- *Contratación* (artículo 106.6)

La contratación de las entidades públicas empresariales se rige por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos del sector público.

- *Patrimonio* (artículo 107.1)

Las entidades públicas empresariales tendrán, para el cumplimiento de sus fines, un patrimonio propio, distinto del de la Administración pública, integrado por el conjunto de bienes y derechos de los que sean titulares. La gestión y administración de sus bienes y derechos propios, así como de aquellos del Patrimonio de la Administración que se les adscriban para el cumplimiento de sus fines, será ejercida de acuerdo con lo previsto en la Ley de patrimonio de las Administraciones públicas.

- *Recursos* (artículo 107.2)

Las entidades públicas empresariales podrán financiarse con los ingresos que se deriven de sus operaciones, obtenidos como contraprestación de sus actividades comerciales, y con los recursos económicos que provengan de las siguientes fuentes:

- a) Los bienes y valores que constituyen su patrimonio.
- b) Los productos y rentas de dicho patrimonio y cualquier otro recurso que pudiera serle atribuido.

Excepcionalmente, cuando así lo prevea la ley de creación, podrá financiarse con los recursos económicos que provengan de las siguientes fuentes:

- a) Las consignaciones específicas que tuvieran asignadas en los Presupuestos Generales del Estado.
- b) Las transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas.
- c) Las donaciones, legados, patrocinios y otras aportaciones de entidades privadas y de particulares.

- *Presupuestos, contabilidad y control económico-financiero* (artículo 108)

Las entidades públicas empresariales aplicarán el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control establecido en la Ley general presupuestaria.

## **BIBLIOGRAFÍA**

AA.VV.: *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, tomo II, Iustel, 1ª ed., 2009.

AA.VV.: *Tratado del sector público estatal*, 1ª ed., La Ley, 2010.

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, 26ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *Fundamentos de derecho público*, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte general*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.



## **TEMA 13**

**LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES.  
LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO  
ESTATAL. LOS CONSORCIOS. LOS FONDOS SIN  
PERSONALIDAD JURÍDICA. LAS  
CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. LOS  
COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CÁMARAS  
DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN:  
REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL**

## **TEMA 13. LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL. LOS CONSORCIOS. LOS FONDOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN: REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL**

### **I. LAS SOCIEDADES MERCANTILES ESTATALES**

El artículo 128.2 CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, estableciendo que “mediante ley se podrán reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en el caso del monopolio y, asimismo, acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiera el interés general”. Se manifiesta así la posibilidad del Estado de intervenir como un agente económico o como empresario en el ámbito socioeconómico. En esta línea, la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989 ha precisado el contenido y los límites de la iniciativa pública empresarial, al señalar que “la creación de empresas públicas para fines comerciales, que es legalmente posible, está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciada en el momento de la creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo, ni indirecto, a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado. Desde este punto de vista, estamos ante entidades dotadas de personalidad jurídica regidas por el derecho privado incardinadas en el sector público.”

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, enumera en su artículo 84.1.c) las sociedades mercantiles estatales como una de las entidades que integran el sector público institucional estatal, desarrollando su regulación en el capítulo V de su título II.

#### *- Definición legal*

De acuerdo con el artículo 111.1 de la Ley 40/2015, se entiende por sociedad mercantil estatal aquella sociedad mercantil sobre la que se ejerce control estatal:

a) Bien porque la participación directa, en su capital social de la Administración general del

Estado o alguna de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 40/2015, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a la Administración general del Estado y a todas las entidades integradas en el sector público institucional estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas.

b) Bien porque la sociedad mercantil se encuentre en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores respecto de la Administración general del Estado o de sus organismos públicos vinculados o dependientes. Este precepto se remite a la definición de grupo de sociedades contenida en el artículo 42 del Código de Comercio, según la cual éste existe cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

El artículo 111 añade en su apartado 2 que en la denominación de las sociedades mercantiles que tengan la condición de estatales deberá figurar necesariamente la indicación "sociedad mercantil estatal" o su abreviatura "S.M.E.".

#### *- Principios rectores*

El artículo 112 de la Ley 40/2015 establece los principios rectores, no tanto de la actuación de las sociedades mercantiles estatales, como de la propia Administración general del Estado y las entidades del sector público institucional estatal en cuanto titulares del capital social de aquéllas: eficiencia, transparencia y buen gobierno en la gestión de estas sociedades mercantiles. De acuerdo con las últimas tendencias en materia de gobierno corporativo, se hace una referencia expresa a la promoción de las buenas prácticas y los

códigos de conducta.

*- Régimen jurídico general*

El régimen jurídico aplicable a estas sociedades se halla contenido en el artículo 113 de la Ley 40/2015, que coincide sustancialmente con el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones públicas. Se prevé la aplicación de la propia Ley 40/2015, de la Ley del patrimonio de las Administraciones públicas y del Ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. Asimismo, aunque se prohíbe que estas sociedades dispongan de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, se contempla la posibilidad de que “excepcionalmente” la ley pueda atribuirles el ejercicio de potestades administrativas.

*- Creación y extinción*

El artículo 169.f) de la Ley del patrimonio de las Administraciones públicas atribuye al Consejo de Ministros la competencia para autorizar la creación, transformación, fusión, escisión y extinción de sociedades mercantiles estatales, así como los actos y negocios que impliquen la pérdida o adquisición de esta condición por sociedades existentes, añadiendo que en el expediente de autorización deberá incluirse una memoria relativa a los efectos económicos previstos. Estas previsiones ahora se desarrollan con mucho mayor detalle en el artículo 114 de la Ley 40/2015, que mantiene la exigencia de acuerdo del Consejo de Ministros para autorizar la creación de las sociedades mercantiles estatales, o para que sociedades ya existentes adquieran ese carácter, pero añade que el acuerdo debe ir acompañado de una propuesta de estatutos y de un plan de actuación.

Este último es, en realidad, una combinación de memoria justificativa de la creación de la sociedad y de plan de actuación en sentido propio, pues debe contener:

a) Las razones que justifican la creación de la sociedad por no poder asumir esas funciones otra entidad ya existente, así como la inexistencia de duplicidades. A estos efectos, deberá dejarse constancia del análisis realizado sobre la existencia de órganos o entidades que desarrollan actividades análogas sobre el mismo territorio y población y las razones por las que la creación de la nueva sociedad no entraña duplicidad con entidades existentes.

b) Un análisis que justifique que la forma jurídica propuesta resulta más eficiente frente a la creación de un organismo público u otras alternativas de organización que se hayan descartado.

c) Los objetivos anuales y los indicadores para medirlos.

Es necesario también un informe preceptivo favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas o de la Intervención General de la Administración del Estado, según se determine, que valorará el cumplimiento de todo lo anterior.

El artículo 114.1 de la Ley 40/2015 establece que el programa de actuación plurianual que, conforme a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, deben elaborar las sociedades cada año ha de incluir un plan de actuación anual que servirá de base para el control de eficacia de la sociedad. Como en el caso de los organismos públicos, la falta de aprobación del plan de actuación dentro del plazo anual fijado, por causa imputable a la sociedad y hasta tanto se subsane la omisión, llevará aparejada la paralización de las aportaciones que deban realizarse a favor de aquélla con cargo a los presupuestos generales del Estado.

Sobre la liquidación de las sociedades mercantiles estatales, el apartado 2 del artículo 114 de la Ley 40/2015 se limita a decir que recaerá en un órgano de la Administración general del Estado o en una entidad integrante del sector público institucional estatal, además de prever el régimen de responsabilidad de los empleados públicos como miembros de la entidad u órgano liquidador, de lo cual se hablará a continuación.

#### *- Régimen de responsabilidad de los administradores y liquidadores*

El artículo 115 de la Ley 40/2015 dispone que la responsabilidad que les corresponda a los empleados públicos como miembros del consejo de administración de una sociedad mercantil estatal será asumida directamente por la Administración general del Estado que los haya designado, sin perjuicio de que ésta les pueda exigir de oficio la responsabilidad en que hubieran incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando haya concurrido dolo, o culpa o negligencia graves. Este mismo régimen se aplica también a la responsabilidad que les corresponda a los empleados públicos como miembros de la entidad u órgano liquidador de una sociedad mercantil estatal, y precisamente la dicción de estas cláusulas está tomada de lo que se establece en materia

de responsabilidad de los miembros del órgano o entidad designada como liquidador de los organismos estatales y que ya se ha comentado en el apartado correspondiente de este trabajo.

- *Tutela*

La tutela de las sociedades mercantiles estatales se regula en el artículo 116 de la Ley 40/2015, que reproduce buena parte del capítulo II del título VII de la Ley del patrimonio de las Administraciones públicas. En estos preceptos se prevé la posibilidad de atribuir la tutela funcional de las sociedades mercantiles estatales a un ministerio cuyas competencias guarden relación con el objeto de las mismas, en defecto de lo cual la tutela la ejerce el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas. Además, se habilita al titular del ministerio de tutela para dar instrucciones a las sociedades en casos excepcionales para que realicen determinadas actividades de interés público, en cuyo caso los administradores de las sociedades tendrán que actuar diligentemente para su ejecución, quedando exonerados de la responsabilidad prevista en el artículo 236 del texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, si del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas.

- *Régimen presupuestario, de contabilidad, control económico-financiero y de personal*

El artículo 117.1 de la Ley 40/2015 prevé la elaboración anual por las sociedades mercantiles estatales de un presupuesto de explotación y capital y de un plan de actuación que forma parte del programa plurianual, y que se integrarán con el presupuesto general del Estado; además, el programa plurianual contendrá la revisión trienal del plan de actuación que impone para todas las entidades del sector público institucional estatal el artículo 85 de la propia Ley 40/2015.

El resto del artículo 117 de esta última somete a las sociedades mercantiles estatales a los principios y normas de contabilidad recogidos en el Código de Comercio y el Plan General de Contabilidad y disposiciones que lo desarrollan, así como al control de la Intervención General de la Administración del Estado, y en materia de personal se remite al Derecho laboral, sin perjuicio de la aplicación de las normas que les correspondan por su pertenencia al sector público estatal, como la disposición adicional primera del Estatuto

básico del empleado público, además de la normativa presupuestaria y, en especial, las leyes de presupuestos generales del Estado.

## **II. LAS FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL**

Las fundaciones del sector público estatal, inicialmente reguladas en los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, se incluyen en la actualidad en artículo 84.1.e) de la Ley 40/2015 como una de los tipos de entidades que integran el sector público institucional estatal, desarrollándose su régimen jurídico en el capítulo VII del título II de esta última ley. Hay que hacer notar que en el capítulo mencionado se incluyen también algunas normas básicas aplicables a las fundaciones de todas las Administraciones públicas.

### *- Definición legal y actividades*

De acuerdo con el artículo 128.1 de la Ley 40/2015, son fundaciones del sector público estatal aquellas que reúnan alguno de los requisitos siguientes:

- a) Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración general del Estado o cualquiera de los sujetos integrantes del sector público institucional estatal, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.
- b) Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público institucional estatal con carácter permanente.
- c) Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público institucional estatal.

### *- Actividades*

El propio artículo 128 de la Ley 40/2015 limita las actividades que puede realizar este tipo de fundaciones, algo muy necesario para evitar la utilización indebida de la forma de personificación que nos ocupa. Tendrá que tratarse de actividades sin ánimo de lucro dirigidas al cumplimiento de fines de interés general, con independencia de que el servicio se preste de forma gratuita o mediante contraprestación (en este último supuesto habrá que entender que la contraprestación deberá limitarse a cubrir los costes que implica la

prestación del servicio y a sostener el funcionamiento de la fundación, sin que en ningún caso pueda representar un lucro para ésta). Además, dichas actividades estarán relacionadas con el ámbito competencial de las entidades del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa, y se mantiene la prohibición de que estas fundaciones ejerzan potestades públicas, sin matices, a diferencia de lo que sucedía con las sociedades mercantiles estatales.

Como para las demás entidades del sector público institucional estatal, la Ley 40/2015 exige que en la denominación de las fundaciones del sector público estatal figure necesariamente la indicación “fundación del sector público” o su abreviatura “F.S.P.”.

Por último, el artículo 128 establece en su apartado 3 que, para la financiación de las actividades y el mantenimiento de estas fundaciones, debe preverse la posibilidad de que en su patrimonio exista aportación del sector privado de forma no mayoritaria.

#### *- Adscripción*

Esta cuestión se trata en el artículo 129 de la Ley 40/2015, que es uno de los preceptos de carácter básico de esta parte de la misma. Los estatutos de cada fundación tienen que determinar la Administración a la que quedará adscrita, de acuerdo con unos criterios que se refieren a la situación existente el primer día del ejercicio presupuestario, fijando la adscripción durante todo ese período. Según esos criterios, que se aplican por el orden de prioridad en que están enunciados, las fundaciones del sector público quedarán adscritas a la Administración que:

- a) Disponga de mayoría de patronos.
- b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
- c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
- d) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del patronato.
- e) Financie en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por la fundación, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo



patrimonial como la financiación concedida cada año.

f) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.

El hecho de que participen en la fundación entidades privadas sin ánimo de lucro no altera la adscripción conforme a los criterios mencionados.

El cambio de adscripción a una Administración Pública, cualquiera que fuere su causa, conllevará la modificación de los estatutos, que deberá realizarse en un plazo no superior a tres meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquél en se produjo el cambio de adscripción.

#### *- Régimen jurídico*

El régimen jurídico de las fundaciones del sector público estatal se desarrolla en los artículos 130, 131 y 132 de la Ley 40/2015. El artículo 130 construye para las fundaciones del sector público estatal un sistema de fuentes similar al de las sociedades mercantiles estatales, compuesto por la propia Ley 40/2015, la Ley de fundaciones, la legislación autonómica que resulte aplicable en materia de fundaciones y el Ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control económico-financiero y de contratación del sector público.

En materia de contratación, el artículo 131 de la Ley 40/2015 se limita a remitirse a la legislación de contratos del sector público.

Por su parte, el artículo 132 introduce en su apartado 1 la obligación de que las fundaciones del sector público estatal, como las sociedades mercantiles estatales, elaboren anualmente un presupuesto de explotación y capital que se integrará con el presupuesto general del Estado, y añade que formularán y presentarán sus cuentas de acuerdo con los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y disposiciones que lo desarrollan, así como en la normativa vigente sobre fundaciones. En lo demás, para el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, y de control se hace una remisión a la Ley general presupuestaria y se las somete al control de la Intervención General de la Administración del Estado.

Sobre el personal de estas fundaciones, el artículo 132.3 recoge la misma cláusula que

aparece para el personal de las sociedades mercantiles estatales en el artículo 117.4 de la Ley 40/2015; se hace, por tanto, una remisión al Derecho laboral y a las normas que le sean de aplicación en función de su adscripción al sector público estatal, incluyendo entre las mismas la normativa presupuestaria, así como lo que se establezca en las leyes de presupuestos generales del Estado. Llama la atención en este punto que no se haya recogido la previsión que aparecía en el artículo 46.4 de la Ley de fundaciones, según la cual la selección del personal deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria; sin embargo estos principios son igualmente de aplicación por efecto de la disposición adicional primera del Estatuto básico del empleado público.

#### - Creación

De acuerdo con el artículo 133 de la Ley 40/2015, tanto la creación *ex novo* de la fundación del sector público estatal como la adquisición de dicho carácter de forma sobrevenida exigen norma con rango de ley. La ley de creación deberá establecer los fines de la fundación y, en su caso, los recursos económicos de que se le dota.

El anteproyecto de ley de creación habrá de ir acompañado de una propuesta de estatutos y del plan de actuación, este último con el contenido previsto para el de los organismos públicos por el artículo 92 de la Ley 40/2015. Esta último precepto, como ya se ha dicho, convierte a este documento en una combinación de memoria justificativa y de plan de actuación en sentido propio. Asimismo, el anteproyecto necesita el informe preceptivo favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas o de la Intervención General de la Administración del Estado, según se determine reglamentariamente.

El artículo 133 no detalla el contenido mínimo de los estatutos de la fundaciones del sector público estatal, por lo que en este punto serán de aplicación las previsiones generales del artículo 11.1 de la Ley de fundaciones, aunque sí exige que en ellos se determine el Ministerio que vaya a ejercer el protectorado, sin perjuicio de la posibilidad de modificarlo con posterioridad por acuerdo del Consejo de Ministros sin necesidad de modificar los estatutos. Hay que recordar que el artículo 129.1 de la Ley 40/2015 exige que también que conste en los estatutos la Administración pública a la que va a quedar adscrita la fundación y que si se modifica será preceptiva la reforma estatutaria. La aprobación de los

estatutos compete al Consejo de Ministros, a propuesta conjunta del titular del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas y del ministerio que ejerza el protectorado.

*- Protectorado*

Sobre el protectorado de las fundaciones del sector público, el artículo 134 de la Ley 40/2015, que tiene carácter básico, señala que será ejercido por el órgano de la Administración de adscripción que tenga atribuida tal competencia, el cual velará por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa sobre fundaciones, sin perjuicio del control de eficacia y la supervisión continua al que están sometidas de acuerdo con lo previsto con carácter general para todas las entidades del sector público por la propia Ley 40/2015.

En el caso de las fundaciones del sector público estatal, el artículo 135 de la Ley 40/2015 impone que la mayoría de miembros del patronato serán designados por los sujetos del sector público estatal, y añade la cláusula igualmente prevista para el consejo de administración de las sociedades mercantiles estatales y para la liquidación de otras entidades de que la responsabilidad que les corresponda a los empleados públicos como miembros del patronato será directamente asumida por la Administración general del Estado o por la entidad que lo haya designado, sin perjuicio de la posibilidad de que la Administración general del Estado exija de oficio la responsabilidad en que aquéllos hubieran incurrido por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando haya concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

*- Fusión, disolución, liquidación y extinción*

Finalmente, el artículo 136 de la Ley 40/2015 se remite al régimen de fusión, disolución, liquidación y extinción previsto en los artículos 94, 96 y 97 de la misma para los organismos públicos estatales.

### **III. LOS CONSORCIOS**

El capítulo VI del título II de la Ley 40/2015 presenta la particularidad de que tiene carácter básico prácticamente en su totalidad. Ello se debe a la propia naturaleza de los consorcios como entidades interadministrativas. Su contenido integra y deroga el del artículo 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y la disposición adicional vigésima que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización

y sostenibilidad de la Administración local, introdujo en aquélla, así como el de los artículos 12, 13, 14 y 15.3 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, añadiendo disposiciones nuevas que completan y acaban de perfilar el régimen jurídico de estas entidades.

#### *- Definición legal*

El artículo 118 de la Ley 40/2015 define los consorcios como entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creadas por varias Administraciones públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias.

Esta definición mantiene los rasgos tradicionales de los consorcios en nuestro Ordenamiento jurídico; novedosa es en cambio la enunciación abierta de las actividades que los consorcios pueden realizar recogida en el apartado 2 del artículo y que se inspira en las que la propia Ley 40/2015 prevé para los organismos públicos estatales: actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos, y cuantas otras estén previstas en las leyes.

El artículo 118.3 generaliza lo que disponía el artículo 87.2 de la Ley de bases del régimen local, contemplando la posibilidad de utilizar los consorcios para la gestión de servicios públicos en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las Administraciones españolas.

Por último, el artículo 118 termina con la previsión en su apartado 4 de que en la denominación de los consorcios debe figurar la indicación “consorcio” o su abreviatura “C”.

#### *- Régimen jurídico general*

El artículo 119 de la Ley 40/2015 menciona como normativa de aplicación prioritaria a los consorcios, la propia Ley 40/2015, la normativa autonómica de desarrollo y los estatutos de cada consorcio. Como normativa supletoria, aplicable sólo en materia de derecho de separación, disolución, liquidación y extinción, se hace referencia a lo previsto en el Código civil para la sociedad civil, así como al artículo 97 de la Ley 40/2015 y al texto refundido de la Ley de sociedades de capital, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, en lo que atañe al régimen de liquidación.

Un tanto desconcertante resulta el apartado 3 del artículo 119, que degrada a normativa de aplicación supletoria las disposiciones de la Ley de bases del régimen local y de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local sobre los consorcios locales, pues la Ley 40/2015 deroga expresamente el artículo 87 de la primera y la segunda apenas tiene contenido propio, al ser una ley de modificación de otras leyes.

*- Adscripción*

El artículo 120 de la Ley 40/2015 establece que los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración pública a la que el mismo estará adscrito, de conformidad con los criterios enunciados en el apartado 2 del precepto, que se refieren a la situación existente el primer día del ejercicio presupuestario, fijando la adscripción del consorcio por todo ese periodo. De acuerdo con esos criterios, que se ordenan por prioridad en su aplicación, los consorcios quedarán adscritos a la Administración pública que:

- a) Disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno.
- b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
- c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
- d) Disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial.
- e) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.
- f) Financie en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.
- g) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.
- h) Tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.

Asimismo, se precisa que este régimen de adscripción no cambia por el hecho de que en

el consorcio participen entidades privadas, añadiéndose que en tal caso se entenderá que aquél no tiene ánimo de lucro.

Por último, se dispone que cualquier cambio de adscripción de un consorcio conlleva la modificación de sus estatutos en un plazo no superior a seis meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquel en que se produjo el cambio de adscripción.

#### *- Personal*

En materia de personal, el artículo 121 de la Ley 40/2015 mantiene la prohibición general, que en su día estuvo recogida el apartado 5 de la disposición adicional vigésima de la Ley 30/1992, de que los consorcios dispongan de personal propio, salvo excepciones autorizadas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas o por el órgano competente de la Administración a la que se adscriba la entidad.

#### *- Régimen presupuestario, de contabilidad, control económico-financiero y patrimonial*

En lo que respecta al régimen presupuestario, de contabilidad, de control económico-financiero y patrimonial de los consorcios, el artículo 122 de la Ley 40/2015 precisa que los consorcios quedan sujetos al régimen presupuestario, contable y de control de la Administración a la que estén adscritos, y que, a efectos de determinar la financiación por parte de las Administraciones consorciadas, se tendrán en cuenta tanto los compromisos estatutarios o convencionales existentes como la financiación real, mediante el análisis de los desembolsos efectivos de todas las aportaciones realizadas.

Se establece también la obligación de una auditoría de las cuentas anuales a cargo del órgano de control de la Administración de adscripción, así como la de que los consorcios se incluyan en los presupuestos y en la cuenta general de esta última, y se incorpora una remisión a las normas patrimoniales de la Administración de adscripción.

#### *- Creación*

El artículo 123 de la Ley 40/2015 establece con el carácter de norma básica que la creación de los consorcios se llevará a cabo mediante convenio suscrito por las Administraciones, organismos públicos o entidades participantes.

Además, para la creación de aquellos en los que participe la Administración general del

Estado o sus organismos públicos y entidades vinculados o dependientes se imponen los siguientes requisitos formales: autorización de la creación por ley y autorización previa del convenio de creación por el Consejo de Ministros con informe preceptivo favorable del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas.

La competencia para suscribir el convenio, que se declara indelegable, se le atribuye al titular del departamento ministerial participante o, en el ámbito de los organismos autónomos, al titular del máximo órgano de dirección del organismo, previo informe del ministerio del que dependa o al que esté vinculado.

También en el caso de los consorcios en los que participe la Administración general del Estado o las entidades del sector público institucional estatal, se establece que el convenio de creación incluirá los estatutos, un plan de actuación (como el de todas las demás entidades del sector público institucional estatal) y una proyección presupuestaria trienal.

El convenio suscrito junto con los estatutos, así como sus modificaciones, serán objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

- *Contenido de los estatutos*

El contenido mínimo de los estatutos de los consorcios se recoge en el artículo 124 de la Ley 40/2015:

- Administración Pública a la que estará adscrito el consorcio.
- Régimen orgánico, funcional y financiero de acuerdo con lo previsto en la Ley 40/2015,
- Sede, objeto, fines y funciones.
- Identificación de participantes en el consorcio así como las aportaciones de sus miembros. A estos efectos, en aplicación del principio de responsabilidad previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera los estatutos incluirán cláusulas que limiten las actividades del consorcio si las entidades consorciadas incumplieran los compromisos de financiación o de cualquier otro tipo, así como fórmulas tendentes al aseguramiento de las cantidades comprometidas por las entidades consorciadas con carácter previo a la realización de las actividades presupuestadas.
- Órganos de gobiernos y administración, así como su composición y funcionamiento, con

indicación expresa del régimen de adopción de acuerdos. Podrán incluirse cláusulas que contemplen la suspensión temporal del derecho de voto o a la participación en la formación de los acuerdos cuando las Administraciones o entidades consorciadas incumplan manifiestamente sus obligaciones para con el consorcio, especialmente en lo que se refiere a los compromisos de financiación de las actividades del mismo.

- Causas de disolución.

- *Separación del consorcio*

El artículo 125 de la Ley 40/2015 regula las causas y el procedimiento para el ejercicio del derecho de separación de los consorcios, distinguiendo según éstos carezcan de plazo determinado de duración o sí lo tengan. En el primer caso, existe un derecho de separación libremente ejercible en cualquier momento, mientras que en el segundo es necesaria la concurrencia de una causa justificada, que se concreta en el incumplimiento por otro miembro del consorcio de alguna de sus obligaciones estatutarias. También se considera causa justificada de separación para los municipios el hecho de que dejen de prestar un servicio que haya asumido el consorcio.

El ejercicio del derecho a la separación conlleva, según el artículo 126, la disolución del consorcio, salvo que el resto de los miembros del mismo acuerden la continuidad del ente, para lo cual es necesario que por lo menos permanezcan en él dos Administraciones o entidades vinculadas o dependientes de más de una Administración. En estos casos de continuidad de un consorcio tras la separación de uno de sus miembros hay que calcular la cuota de separación que corresponda a este último y que podrá ser positiva o negativa. Si es positiva, la efectiva separación del consorcio se producirá en cuanto se haya determinado la cuota; en cambio, si es negativa se esperará al pago de la deuda correspondiente a la misma, es decir, no se permitirá al miembro que abandone el consorcio mientras no abone la deuda. Por último, si la Administración o entidad que se separa del consorcio es aquella a la que éste se halla adscrito, habrá que determinar a cuál se adscribirá de entre las que permanezcan en el ente.

- *Disolución*

La disolución de los consorcios se produce por la concurrencia de alguna de las causas previstas estatutariamente, aunque, de acuerdo con el artículo 127.1 de la Ley 40/2015,



en todo caso se considera causa de disolución el cumplimiento de los fines para los que hayan sido creados.

La disolución en principio da lugar a la liquidación y extinción de la entidad, por lo cual el máximo órgano de gobierno, al adoptar el acuerdo de disolución, tendrá que nombrar como liquidador a un órgano o entidad vinculada o dependiente de la Administración a la que el consorcio esté adscrito. En este punto se prevé, exactamente igual que se hace para los casos de liquidación de organismos públicos y de sociedades mercantiles estatales, que la responsabilidad que les corresponda a los empleados públicos como miembros de la entidad u órgano liquidador será asumida directamente por la Administración o entidad que los haya designado, sin perjuicio de que ésta pueda exigir de oficio a aquéllos dicha responsabilidad cuando haya concurrido dolo, o culpa o negligencia graves. La principal tarea del liquidador es calcular la cuota de liquidación que corresponda a cada miembro del consorcio, para lo que se tendrá en cuenta lo previsto en los estatutos y, en defecto de tal previsión, las reglas que establece al efecto el apartado 3 del artículo 127 de la Ley 40/2015.

Finalmente, el apartado 5 de este artículo permite a los miembros del consorcio acordar por la mayoría establecida en los estatutos, o a falta de previsión estatutaria por unanimidad, la cesión global de activos y pasivos a otra entidad del sector público jurídicamente adecuada a la finalidad de mantener la continuidad de la actividad y alcanzar los objetivos del propio consorcio, en cuyo caso éste se extingue sin liquidación.

#### **IV. LOS FONDOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA**

Los fondos carentes de personalidad jurídica del sector público estatal aparecen mencionados entre las entidades del sector público institucional estatal en el artículo 84.1.f) de la Ley 40/2015. El capítulo VIII del título II de dicha ley contiene una regulación muy sucinta de los mismos.

Así, el artículo 137.1 somete su creación a reserva de ley, de acuerdo con la tónica general aplicable a las entidades del sector público institucional estatal, debiendo la norma de creación determinar de forma expresa su adscripción a la Administración general del Estado. Por el contrario, la extinción se deslegaliza, bastando norma de rango reglamentario. Igualmente, se incluye la regla de que en la denominación de estos fondos

tiene que figurar necesariamente la indicación “fondo carente de personalidad jurídica” o su abreviatura “F.C.P.J”.

El régimen jurídico aplicable a estos fondos se configura en el artículo 138 como íntegramente jurídico-administrativo (se regirán por la propia Ley 40/2015, su norma de creación y el resto de las normas del Derecho administrativo). En materia de régimen presupuestario, de contabilidad y de control económico-financiero se hace una remisión sin más a la Ley general presupuestaria.

## **V. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO**

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 76/1983 (caso LOAPA), se refirió por primera vez a las Corporaciones de derecho público que integran la llamada Administración corporativa y que presentan una heterogeneidad notable. Más tarde se ocupó en particular de las Cámaras y de los Colegios profesionales. De lo dicho en el conjunto de esa jurisprudencia se puede extraer la caracterización fundamental de esas corporaciones y, por tanto, de esa Administración, implícitamente aludida en el artículo 52 CE.

Se trata de entidades privadas, sociales y no estatales -las llama en alguna ocasión el Tribunal Constitucional, que tendrán como función propia la prestación de servicios a sus miembros y la representación y defensa de sus intereses económicos y corporativos, pero que, al mismo tiempo, tienen una dimensión pública, pues su constitución se impone por el poder público, a diferencia de lo que ocurre con la creación de las asociaciones nacidas al amparo del artículo 22 CE y de la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación. Se les atribuye el carácter de órganos de consulta y colaboración con la Administración del Estado y las Comunidades autónomas, se las somete a la tutela administrativa de estas últimas y se les reconoce la posibilidad de que ostenten competencias administrativas por atribución legal o por delegación de las Administraciones públicas.

En consecuencia, puede afirmarse que, aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, tales corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones públicas y, en este sentido, la constitución de sus órganos así como su actividad en los limitados aspectos en que realizan funciones administrativas han de entenderse sujetas a las bases que con

respecto a dichas corporaciones dicte el Estado en el ejercicio de las competencias que le reconoce el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la CE.

Sus miembros comparten el ejercicio de una profesión o desarrollan una actividad económica común y la condición de miembro se adquiere obligatoriamente por imposición de la ley, para así garantizar el correcto cumplimiento de los fines públicos que se le atribuyen. Estas entidades tienen autonomía organizativa, debiendo respetar la exigencia constitucional de que su organización y funcionamiento han de ser democráticos (artículo 52), como ocurre con otras asociaciones, colegios profesionales (artículo 36); partidos (artículo 6); organizaciones empresariales y sindicatos (artículo 7). Tienen sus propias normas y gozan autonomía financiera.

La Administración corporativa integra a corporaciones muy heterogéneas. Algunas representan intereses económicos (Cámaras, Cofradías de Pescadores, Comunidades de Regantes); otras, como los Colegios profesionales, defienden intereses profesionales junto a intereses particulares de sus miembros; y, en fin, otras cumplen fines sociales, como es la ONCE o las Federaciones deportivas. Es general a todas ellas la dimensión pública de su actividad y la colaboración con las administraciones públicas para la prestación de fines y servicios públicos, o la satisfacción de derechos.

## **VI. LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN: REGULACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL**

### **1. LOS COLEGIOS PROFESIONALES**

#### *- Fundamento constitucional*

La CE dedica a los colegios profesionales el artículo 36, lo que, sin duda, es buena prueba de su importancia y de su especificidad como asociación: “la ley regulará las peculiaridades del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los colegios deberán ser democráticos”.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado en distintas sentencias de los colegios profesionales. Desde el punto de vista constitucional, la cuestión más relevante sobre los colegios es la que afecta al encaje de la obligatoriedad de la colegiación con el derecho fundamental de asociación (artículo 22 CE), cuyo contenido esencial es la libertad de

asociarse y la de abandonar libremente la asociación.

El Tribunal Constitucional (sentencias 88/1989, 5/1996 y 76/2003 y auto 5/1996, entre otras) ha venido a establecer que del Ordenamiento jurídico español se desprende que los Colegios no son unas asociaciones comunes, sino que reúnen características que las hacen merecedoras de un tratamiento singular. No son asociaciones privadas, sino que pertenecen al tipo de corporaciones que cumplen al mismo tiempo funciones privadas que se condensan en la defensa de intereses, y funciones públicas que se originan en la naturaleza de los servicios que los profesionales colegiados realizan. Los Colegios agrupan a profesionales que desempeñan tareas de las que dependen derechos de los ciudadanos y servicios públicos de tanta importancia como la salud, la tutela judicial efectiva, la vivienda, la seguridad de las infraestructuras públicas, entre otras cosas. Son contenidos que exigen una intervención garantizadora del Estado, a quien por ese alcance público de las profesiones colegiadas le corresponde también la expedición del título que habilita para el ejercicio de la profesión, cuya realización delega en los colegios.

Todo esto es lo que explica que el Tribunal Constitucional haya entendido que la CE ni impone ni excluye la obligatoriedad de la colegiación, sino que remite al legislador la decisión. Y eso por no tratarse de una asociación privada sometida como otras al artículo 22 CE. La CE se limita a imponerle al legislador que regule los colegios la obligación de que la estructura interna y el funcionamiento de los colegios han de ser democráticos.

#### *- Definición legal y funciones*

Veremos, a continuación, los contenidos más relevantes de la normativa sobre Colegios contenida en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios profesionales, varias veces modificada, y en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre libre acceso a las actividades de servicio (Ley ómnibus), cuyo artículo 5 ha modificado aspectos sustanciales de la normativa anterior.

La Ley 2/1974 define los Colegios profesionales como Corporaciones de derecho público, amparadas por la ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines que, tras las modificaciones introducidas por la Ley ómnibus en su artículo 5, son esencialmente la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a

colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración pública por razón de la relación funcional.

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, modifica el artículo 5, letra ñ), para atribuir como función de los colegios impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.

#### *- Colegiación*

Por lo que se refiere a la colegiación, la Ley ómnibus modifica la Ley 2/1974 dejando establecido lo esencial de su regulación en los siguientes términos:

1. Quien ostente la titulación requerida y reúna las condiciones señaladas estatutariamente tendrá derecho a ser admitido en el colegio profesional que corresponda.
2. Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al colegio profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal.
3. Cuando una profesión se organice por colegios territoriales, bastará la incorporación a uno solo de ellos, que será el del domicilio profesional único o principal, para ejercer en todo el territorio español.
4. En el caso de desplazamiento temporal de un profesional de otro Estado miembro de la Unión Europea, se estará a lo dispuesto en la normativa vigente en aplicación del derecho comunitario relativa al reconocimiento de cualificaciones.

La Ley 25/2009 establecía dos previsiones transitorias que deben ser destacadas, por su pervivencia actual:

“Disposición transitoria tercera. Vigencia de la exigencia de visado colegial

En el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno aprobará un real decreto que establezca los visados que serán exigibles de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales.

Hasta la entrada en vigor de la norma prevista en el párrafo anterior, la exigencia de visado se regirá por la normativa vigente”.

“Disposición transitoria cuarta. Vigencia de las obligaciones de colegiación

En el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno, previa consulta a las comunidades autónomas, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación.

Dicho proyecto deberá prever la continuidad de la obligación de colegiación en aquellos casos y supuestos de ejercicio en que se fundamente como instrumento eficiente de control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios y en aquellas actividades en que puedan verse afectadas, de manera grave y directa, materias de especial interés público, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o de la seguridad personal o jurídica de las personas físicas”.

En materia de atención a los ciudadanos y a los colegiados, el artículo 10 de la Ley sobre Colegios profesionales, modificada por la Ley 25/2009, introduce el principio de ventanilla única y el artículo 12, la obligación de establecer nuevos cauces de comunicación y de recepción de quejas y sugerencias.

La Ley 25/2009 ha añadido también en el artículo 14 de la Ley sobre Colegios profesionales la prohibición de establecimiento de honorarios por parte de éstos, salvo en el caso previsto por su disposición adicional cuarta. Ésta establece que los Colegios podrán elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.

## **2. LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN**

*- Fundamento constitucional y normativa aplicable*

La CE no menciona explícitamente a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, como hace con los Colegios profesionales, pero han de entenderse incluidas en el artículo 52: “La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”

La normativa estatal de estas entidades está contenida en la actualidad en la Ley 4/2014,

de 1 de abril, básica de las Cámaras oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

La Exposición de Motivos de la Ley 4/2014 dice que la nueva regulación deriva de la situación económica devenida, que obligó a introducir reformas normativas con el fin principal y prioritario de poner en marcha medidas eficientes de racionalización del gasto y fortalecimiento e impulso de la economía, en general, y en particular de crecimiento de la competitividad de nuestras empresas mediante políticas de apoyo a la actividad comercial y empresarial. Se destaca que las últimas reformas y, más concretamente, las introducidas mediante el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, ya establecieron un sistema cameral de pertenencia voluntaria y eliminación del recurso cameral permanente.

Conviene recordar que el Tribunal Constitucional se ha ocupado de las cámaras en varias ocasiones para resolver el importante asunto del carácter, obligatorio o no, de la pertenencia a las Cámaras desde la perspectiva del derecho fundamental de libre asociación. El alto Tribunal se había pronunciado en el sentido de que, no existiendo una imposición expresa en la CE, corresponde al legislador decidir sobre la obligatoriedad o voluntariedad, siendo cualquiera de las opciones constitucionalmente correcta.

La opción que acoge la Ley 4/2014 es establecer el principio general de pertenencia de todas las empresas a las cámaras sin que de ello se derive obligación económica alguna, como después veremos.

#### *- Definición legal y régimen jurídico*

Entonces, tras esa Ley 4/2014, las Cámaras oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación son Corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las administraciones públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen. Su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos.

Se ajustarán a lo dispuesto en esa Ley 4/2014 y a las normas de desarrollo que se dicten por la Administración general del Estado o por las Comunidades autónomas con



competencia en la materia. Les será de aplicación, con carácter supletorio, la legislación referente a la estructura y funcionamiento de las Administraciones públicas en cuanto sea conforme con su naturaleza y finalidades. La contratación y el régimen patrimonial se regirán conforme al Derecho privado y habilitando un procedimiento que garantice las condiciones de publicidad, transparencia y no discriminación.

#### *- Fines y funciones*

Las Cámaras tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria, los servicios y la navegación, así como la prestación de servicios a las empresas que ejerzan las indicadas actividades. Asimismo, ejercerán las competencias de carácter público que les atribuye esa ley y las que les puedan ser asignadas por las Administraciones públicas con arreglo a los instrumentos que establece el Ordenamiento jurídico. Las actividades a desarrollar para el logro de sus fines se llevarán a cabo sin perjuicio de la libertad sindical y de asociación empresarial, de las facultades de representación de los intereses de los empresarios que asuman este tipo de asociaciones y de las actuaciones de otras organizaciones sociales que legalmente se constituyan.

Recordamos que para la jurisprudencia las Cámaras representan los intereses generales de toda la actividad económica y empresarial y no de un determinado sector, asociación o colectivo de empresas en función de su dimensión, localización o adscripción a la Cámara.

#### *- Ámbito territorial*

La Ley 4/2014 recoge que podrán existir Cámaras oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de ámbito autonómico, provincial y local y, en su caso, Consejos de Cámaras de conformidad con lo que establezca la legislación autonómica de desarrollo, que podrá adecuar la demarcación territorial de las Cámaras a la realidad económica y empresarial de cada Comunidad autónoma, pudiendo coexistir Cámaras de distinto ámbito territorial. En cualquier caso, y como mínimo, existirá una Cámara oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación por provincia, sin perjuicio de que determinadas funciones y servicios puedan desempeñarse por otra Cámara oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación del ámbito territorial de la Comunidad autónoma de que se trate.



Otra novedad que aporta la nueva ley fue la creación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, que representará al conjunto de las cámaras ante las diversas instancias estatales e internacionales y coordinará e impulsará las acciones que afecten al conjunto de las cámaras españolas.

*- Pertenencia obligatoria*

Como se ha dicho, la opción que acoge la Ley 4/2014 es establecer el principio general de pertenencia de todas las empresas a las cámaras sin que de ello se derive obligación económica alguna y por eso dice que las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales, de servicios o navieras en territorio nacional formarán parte de las Cámaras oficiales dentro de cuya circunscripción tengan establecimientos, delegaciones o agencias, sin que de ello se desprenda obligación económica alguna ni ningún tipo de carga administrativa, procediéndose a la adscripción de oficio de las mismas.

A estos efectos, se entenderá que una persona física o jurídica ejerce una actividad comercial, industrial, de servicios o de navegación cuando por esta razón quede sujeta al impuesto de actividades económicas o tributo que lo sustituya en el territorio correspondiente del ámbito de las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Fanlo Loras, A.: *El debate sobre colegios profesionales y cámaras oficiales: la Administración corporativa en la jurisprudencia constitucional* Civitas [1ª ed.] Madrid , 1992.

Fernández Rodríguez, T. R.: "Cámaras de Comercio y "jacobinismo" constitucional: (nota sobre la sentencia constitucional de 16 de junio de 1994)", *en Civitas. Revista española de derecho administrativo* – nº 85, 1995).

Gálvez Montes, J.: "Artículo 52" en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 3ª ed., Madrid, 2001.

Herrero de Miñón, M.: "Organizaciones profesionales de defensa de los intereses

económicos” artículo 52 en *Comentarios a la Constitución española de 1978* / dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil, Edersa y Cortes Generales, t. IV, Madrid, 1996.

Martín-Retortillo, S.: “Funciones de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación”, *Civitas. Revista española de derecho administrativo* – nº 90, 1996

Alli Turrillas, J.C.: *Fundaciones y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

## **TEMA 14**

**LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER  
DEL ESTADO. LOS DIVERSOS MODELOS  
EXISTENTES. EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS.  
SU REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN. LOS  
ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.**

## **TEMA 14. LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER DEL ESTADO. LOS DIVERSOS MODELOS EXISTENTES. EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. SU REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN. LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.**

### **LA DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER DEL ESTADO. LOS DIVERSOS MODELOS EXISTENTES.**

Cuando la vigencia del principio de jerarquía no se produce en la relación entre dos sistemas jurídicos y, por lo tanto, es posible establecer un criterio claro que aclare la relación entre dos ordenamientos es cuando nos encontramos ante la existencia de un ordenamiento jurídico cuya validez es defendible por sí mismo y diferenciadamente de otros. Como se podrá comprobar, cuando se estudien los distintos modelos de distribución territorial la existencia de un sistema propio de fuentes del derecho manifiesta como ningún otro criterio la presencia de un ordenamiento jurídico diferenciado y separado de los demás. En este orden de cosas, en unas sociedades complejas como las propias de este siglo XXI, ningún ordenamiento jurídico puede postularse como compartimiento independiente ya que, aún reconociendo su diferenciación, van a surgir de forma necesaria procedimientos de colaboración entre ellos.

Los autores de la teoría institucionalista del derecho suscitan distintas clases de ordenamientos en lo relativo al poder estatal. Hablan de instituciones jurídicas originarias para referir aquellas en las que el ordenamiento jurídico se concreta y que cuentan con un carácter independiente al haber sido instituidas *motu proprio* y sin dependencia de otras instituciones. Por otra parte, distinguen instituciones derivadas establecidas en lo tocante a su ordenamiento jurídico por otras instituciones que, por este motivo, tienen un carácter superior respecto de la institución derivada a la que cabe de calificar como subordinada. Finalmente existen categorías intermedias referidas a instituciones públicas cuyo ordenamiento jurídico puede ser tildado parcialmente de originario y de derivado, fórmulas de carácter complejo que no suelen adaptarse bien a la ordenación jurídica de los estados nacionales.

Otro criterio clasificatorio subraya la importancia de las instituciones complejas que, a diferencia de las denominadas instituciones simples, tienen como carácter distintivo la diversa subordinación de los entes menores respecto de la institución en la que están

comprendidas y también que la ubicación de la institución mayor presupone la existencia de los ordenamientos jurídicos de las instituciones menores. Se ejemplifica esta situación cuando se habla de la comunidad jurídica creada en Naciones Unidas, ya que presupone la existencia de los distintos ordenamientos estatales que la componen.

El Tribunal Constitucional español en el FJ 5º de la Sentencia 32/1981, de 28 de julio, ha explicado en el concreto contexto de nuestro ordenamiento esta problemática de la relación entre instituciones jurídicas. En efecto, el Tribunal dice que el término Estado designa:

- unas veces la totalidad de la organización jurídico política de la nación española incluyendo las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones que la integran y la de otros entes territoriales dotados de un grado inferior de autonomía.
- en otras ocasiones, y el Tribunal cita expresamente los art. 3.1, 149 y 150 de la Constitución, por Estado se entiende tan solo el conjunto de las instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos desconcentrados. En este segundo caso, se están contraponiendo estas instituciones a las propias de las comunidades autónomas y otros entes territoriales autónomos.

El Tribunal Constitucional remarca que la citada dicotomía, pudiendo crear ciertos equívocos, no debe hacer olvidar, sin embargo, el carácter de la Constitución como norma suprema del Estado como totalidad y por ello sus principios obligan igual a todos los sujetos que forman parte de esa totalidad.

La doctrina constitucional suele describir algunas clases de integración política territorial que no son calificables de formas estatales, pero que sí constatan la existencia de un poder político relevante.

De este modo, y partiendo de la existencia del monarca como jefe del Estado, hay que referir la existencia histórica de integraciones parciales de varios reinos. Obviamente se trata de una modalidad de ordenamiento residual hoy en día, que además suscitó el problema de como el titular del Estado debía adaptar su conducta a los diferentes sistemas jurídicos según el país al cual dirigirse dentro de esa denominada “unión personal”.

Más importancia práctica y actual tiene la fórmula confederacional. Sobre la base de unas competencias concretas y taxativamente establecidas, varios Estados independientes deciden que éstas sean llevadas a cabo de forma conjunta por todos ellos. Recordando a BODINO, observamos que las competencias que suelen ejercerse en común son las que este autor identificó como propias de la soberanía, a saber: la defensa exterior común, el sistema monetario o las relaciones internacionales. Al margen de este *numerus clausus*, las restantes atribuciones de los estados siguen ejercitándose individualmente. Para perfilar mejor los caracteres de la confederación hay que tomar cuenta que su base es propia del *ius gentium*, este es un tratado internacional y por eso el ente confederación no se configura como un sujeto de derecho internacional, como ocurre en el caso del estado federal donde es la federación la que se relaciona con los demás Estados soberanos.

Desde el punto de vista del funcionamiento, se subraya que la confederación ejercita sus competencias a través de un órgano colegiado, que suele denominarse dieta, que está formado por representantes de los distintos estados que responden a las instrucciones de éste y que adoptan sus acuerdos unánimemente o mediante mayorías muy reforzadas. Este régimen jurídico nos transmite una vez más la idea de que las relaciones entre los estados que forman la confederación están sometidas al derecho internacional tradicional.

La importancia práctica que, desde 1951, tiene en Europa la actual Unión Europea, lleva a que la creación entre diversos Estados de aparatos institucionales y fuentes del derecho específico para conseguir políticas públicas determinadas, sea una de las formas de integración estatal de mayor actualidad. De este modo, podemos comprobar que estos fenómenos supraestatales son cada vez más abundantes en ámbitos regionales de varios continentes.

Dejando de lado estos fenómenos singulares de instrumentación de la soberanía, hoy en día hay que distinguir fundamentalmente entre la idea de un Estado centralizado en el ejercicio de su poder, el tradicionalmente denominado estado unitario, de aquellos otros descentralizados políticamente y que incluyen varias organizaciones territoriales dotadas de poder político.

La figura unitaria puede conciliarse con fenómenos que el Tribunal Constitucional en España identifica como propios de las provincias y municipios, esto es una

descentralización administrativa. Cualitativamente este fenómeno no es asimilable a la existencia de autonomía legislativa reconocida constitucionalmente en relación con los Estados políticamente descentralizados.

Apreciamos entonces que el término Estado, como señalé anteriormente, y que así figura en la doctrina del Tribunal Constitucional, es equívoco, ya que puede dar a entender una institución integrada por partes cuando obviamente el Estado supera ese fenómeno fragmentario ya que de por sí es algo cualitativamente superior que una suma de los ordenamientos territoriales que lo integran. En todo caso, existen variantes bien relevantes dentro de los denominados Estados compuestos, si bien la figura estrella dentro de ellos es, sin duda, el Estado federal.

Cuando varios Estados se integran entre sí e integran un nuevo englobador la doctrina tradicional habla de la constitución de un Estado federal. Según estas ideas, los que se integran no pierden su carácter estatal y mantienen ese carácter en cuanto elementos de la federación. Lo que sí se produce en estos casos es la pérdida de personalidad jurídica internacional que se atribuye a partir de ese momento al Estado federal creado.

Como puede comprobarse, esta construcción teórica resulta de difícil adaptación a cada uno de los procesos históricos de formación de los Estados federales y aun mucho más en los casos en los que, como en España, la realidad se asimila a una federación desde el punto de vista de la praxis política pero no recibe esta calificación en los documentos jurídico-constitucionales.

En el fondo del nacimiento de los Estados federales está la contraposición filosófica entre la unidad del ordenamiento jurídico del Estado federal y el reconocimiento del derecho a la autonomía de los Estados miembros. La figura federal ha posibilitado que varios países y pueblos se integraran en un espacio unificado política, institucional y económicamente, obteniendo gracias a eso un marco de convivencia que no podrían disfrutar de manera independiente.

Por otra parte, el Estado federal supone de por sí un respeto de las singularidades de los territorios que se integran en la federación y este fenómeno es particularmente interesante en dos supuestos:

- a) en el caso de países como Canadá, Bélgica o España, en los que las singularidades de las comunidades que conviven son muy relevantes desde el punto de vista de las culturas, lenguas o derechos propios; y,
- b) en los supuestos de entidades estatales con territorios gigantescos (Brasil, Argentina o México) de difícil gobierno a partir de esquemas centralistas tradicionales.

El meollo del funcionamiento del Estado federal es lo que se refiere al ejercicio de las competencias, existiendo cuando analizamos los ordenamientos de los Estados federales muchas modalidades de distribución aunque la presencia de ciertas atribuciones exclusivas para la federación es una constante. Una vez más, las ideas tradicionales de BODINO a la hora de delimitar las atribuciones propias del Estado aparecen de nuevo cuando examinamos los listados competencias del Estado central (por ejemplo, en los primeros números del artículo 149 de la Constitución española).

Sin profundizar en debates teóricos, sí conviene dar cuenta de las principales explicaciones que se han dado en relación con la naturaleza jurídica de los Estados federales. Estas explicaciones son deudoras, en gran medida, del concepto previo que se tenga de la idea de la soberanía estatal.

Autores que admiten una concepción amplia de la soberanía valoran el reconocimiento del carácter estatal tanto el estado federal como los estados federados. Otros entienden que los que constituyen la federación serían los que cuentan con la naturaleza jurídica estatal mientras que el Estado federado se aproximaría más a una confederación con las notas distintivas explicadas supra.

Parte de la doctrina alemana contradice estas ideas subrayando que el carácter soberano solo es predicable de la federación perdiendo esta calidad los Estados que se integran en ella. Esta opción habla de que federación y entes federados son Estados, más pagando el precio de excluir el carácter soberano en relación con los Estados que se integran en la federación.

La existencia de una sola figura jurídica estatal es un carácter que jurídicamente delimita al punto de partida del análisis del modelo adoptado en España en relación a la descentralización territorial del poder político. El dato de que los entes políticamente



descentralizados estén dotados de una competencia tradicionalmente reservada al Estado, tal es el caso de la atribución legislativa, no les da en nuestro ámbito constitucional el carácter estatal a las comunidades autónomas. Estas ideas han sido subrayadas por algunos autores para descartar la calificación de federal para nuestro Estado autonómico.

PULIDO QUECEDO remarca de igual manera esta realidad al subrayar la jurisprudencia constitucional en relación con la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3. Este autor la presenta como una norma ordenadora de la preferencia en la aplicación de las normas en un Estado compuesto. Trayendo a colación el fundamento jurídico cuarto de la sentencia del Tribunal Constitucional 103/1989, de 8 de junio, es fácil percibir que la concepción de la cláusula de supletoriedad no es una norma competencial sino una norma ordenadora de la preferencia en la aplicación de las disposiciones jurídicas en el Estado compuesto configurado por la Constitución.

Una vez más, es necesario precisar que en España es posible referirse al Estado como integrador de todos los poderes y, por lo tanto, en una concepción amplia es, por otra parte, al Estado como equiparado al aparato central o administración central del mismo, con un alcance notoriamente más estricto.

La piedra de toque de la naturaleza de una norma es su procedimiento de reforma. En España los estatutos de autonomía se presentan como normas que no es posible reformar por voluntad exclusiva de los poderes autonómicos. En la clasificación tradicional de los límites del poder de reforma estaríamos reconociendo una suerte de condicionantes heterónomos ya que el cambio del Estatuto autonómico debe contar con la participación de instituciones decisivas fuera de la autonomía.

Dejando de lado estas consideraciones procedimentales es habitual reconocer que el nivel de atribuciones de competencias del Estado autonómico en España es muy semejante al que se produce en ámbitos federales de otros países europeos. Por esta razón, también en España se han incorporado mecanismos de solución de conflictos que existen en el contexto de los tribunales constitucionales de otros países de naturaleza federal.

Nuestro sistema autonómico presenta datos que lo identifican notoriamente con el tradicional Estado federal ya que, además del mencionado mecanismo de resolución de conflictos, existe una compartición en el ámbito de las funciones gubernamentales y, en

definitiva, en el plano de la ejecución de las políticas públicas. Estas referencias no son más que a consecuencia del reconocimiento de la existencia de varios ordenamientos jurídicos que derivan de la autonomía legislativa que en sus respectivos ámbitos ejercitan los parlamentos central y autonómicos.

## EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS. SU REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

La pluralidad en la existencia de realidades sociológicas diferenciadas en España es algo que resulta innegable. Aun los autores que identifican el nacimiento de la realidad española temporalmente en el final del reinado de los Reyes Católicos, coinciden en afirmar que la consideración de los sistemas jurídicos y formas de gobierno de las organizaciones políticas previas es un presupuesto fundamental para comprender la unidad política que se estaba creando.

Esta sensibilidad que entró en crisis con el dictado por parte de Felipe V de los Decretos de nueva planta sufrió sucesivos embates con la dinastía de los Borbones que, tal vez deudora de su origen francés, se empeñó en llevar a cabo un proceso centralizador en nuestro país.

Durante el nacimiento del Estado constitucional español se tendió a establecer una organización del territorio desconocedora de las realidades jurídico-políticas previas, intentando hacer uniforme la división en torno a realidades más ficticias como fueron las provincias.

A principios del siglo XIX, la instauración de la división provincial no trajo consigo excesivos problemas de convivencia pero más adelante, fundamentalmente en lo que son hoy las comunidades del País Vasco y Navarra, sí generaron fricciones de relieve que tuvieron que ver esencialmente con aspectos referidos a la financiación de los territorios forales y al respeto de sus especialidades en materia de derecho privado.

Mayor alcance tuvo el surgimiento de movimientos regionalistas y nacionalistas en las hoy comunidades autónomas de Galicia, País Vasco y Cataluña. La incorporación en el plano político de las sensibilidades culturales y las ansias de autogobierno de estas comunidades trajeron consigo distintos conflictos en su relación con el poder central. Estos datos están en la base del proyecto de constitución de la Primera República Española que contaba con

una idea federal muy clara y que, como es bien sabido, no logró consolidar la idea descentralizadora.

En 1931, el texto constitucional sí logró sacar adelante el nacimiento de estructuras políticas capaces de materializar las demandas de autonomía existentes en las comunidades citadas. De este modo, se aprobaron los estatutos de Cataluña, País Vasco y Galicia, si bien este último solamente mediante plebiscito popular.

La Guerra Civil trajo consigo la derogación de los documentos políticos autonómicos de tal manera que incluso algunas especialidades forales fueron derogadas en los territorios de Guipúzcoa y Vizcaya. Paralelamente se produjo una persecución de cualquier manifestación de identidad cultural o lingüística que la Segunda República hubiese admitido.

El proceso democrático iniciado en 1975 trae consigo la instauración de una estructura territorial de España que parte del reconocimiento máximo del valor autonómico y del que, con el paso del tiempo, será denominado como sistema de gobierno multinivel. En este orden de cosas la autonomía política que recoge la Constitución supone el reconocimiento de unas nuevas entidades, las comunidades autónomas, que se diferencian cualitativamente de la autonomía administrativa que también se garantiza en el ámbito de las entidades locales.

El sistema autonómico conocido como Estado de las autonomías presenta algunos datos que han sido criticados pero que no pueden hacer oscurecer la validez del sistema en su correcto funcionamiento a lo largo de todos estos años. De esta manera, suele criticarse que la Constitución de 1978 no cite expresamente cuáles son las comunidades que integran el mapa autonómico español. Esta crítica es fácilmente superable si tenemos en cuenta la importancia que tenía el reconocimiento del principio dispositivo en el texto constitucional, para que cualquier sujeto territorial que lo deseara se constituyese, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la Constitución, en comunidad autónoma.

La otra crítica fundamental del modelo autonómico parte de una comprensión férrea del principio de igualdad cuando se defiende la necesidad de que los techos competenciales de todas las comunidades autónomas sean idénticos y además que todas ellas deban constituirse en el mismo momento histórico. Dejando de lado que ciertas competencias

solo tienen sentido en relación con las peculiaridades de algunos territorios (las lingüísticas o las marítimas), también el principio dispositivo explica y justifica la heterogeneidad en los elencos competenciales y en las pautas temporales del acceso a la autonomía de las distintas comunidades existentes.

El Estado de las Autonomías previsto en nuestra Constitución es además un modelo que supera en virtudes al establecido por la Constitución de la Segunda República, y eso desde una perspectiva claramente autonomista, pues el núcleo del sistema que es el competencial tiene un alcance mucho mayor en el caso de la Constitución actualmente vigente que configura las comunidades además de una manera muy respetuosa con sus afares identitarios y culturales.

El substrato ideológico que parece inspirar la Constitución de 1978 es intentar corregir el centralismo de inspiración francesa que vertebraba todas las constituciones españolas desde la de Cádiz de 1812. La Constitución de 1978 ofrece una visión pesimista y negativa sobre casi dos siglos de organización liberal del Estado y pretende dar una alternativa de división territorial y distribución de poder inspirada en la situación del absolutismo ochocentista pre-liberal.

Hechas estas consideraciones históricas, hay que decir que en el contemporáneo Estado constitucional, según BALAGUER CALLEJÓN, es habitual reconocer la existencia de tres tareas básicas como definitorias de la función fundadora o fundacional del ordenamiento a partir de la adopción de la Constitución como Norma superior y fundamental del mismo:

- a) establecer la legitimación democrática de todo poder político;
- b) garantizar frente a los poderes públicos las posiciones subjetivas de los individuos y de los grupos en los que estos se integran, y
- c) organizar el Estado, tanto estructuralmente (dimensión horizontal, relativa a la posición e interrelación de sus órganos) como territorialmente (dimensión vertical, relativa a los diversos niveles del poder territorial).

Pues bien, a la luz de los resultados de su trabajo, parece evidente que las Cortes Constituyentes Españolas fueron conscientes desde el principio de sus posibilidades ciertas de ofrecer una respuesta satisfactoria al primero y segundo desafíos enunciados –

democracia y libertades-, tal y como efectivamente sucedió. Pero también fueron conscientes de la inviabilidad de una solución completa al tercero, al menos en lo relativo a la redistribución territorial del poder. ARAGÓN REYES señala que la actual forma territorial es la consecuencia de un largo y complejo proceso de construcción.

De ahí que, sin duda alguna, la opción constitucional en favor de una profunda reorganización territorial del Estado, a partir del reconocimiento de un amplio conjunto de posibilidades para acceder a distintos niveles de autogobierno a los territorios que en ese sentido expresaran su voluntad, se incorpora al capítulo más original e imaginativo de la Constitución de 1978. Un capítulo que, por cierto, siendo criticado en los primeros años de su experimentación como “inacabado” y “ambiguo”, abierto a desarrollos inciertos y conflictivos –lo cual invitó a la doctrina a hablar de una “desconstitucionalización de la estructura del Estado”-, probó, con el tiempo, ser capaz de funcionar satisfactoriamente. Demostró servir como plataforma jurídica para la transformación de España, desde su condición precedente como uno de los Estados más centralistas, en uno de los Estados más descentralizados del mundo, funcionalmente *federal*, aun cuando nominalmente (y en algunos aspectos técnicos) no se califique así. Hasta tal punto esto es así, que el “modelo español” de redistribución territorial del poder fue estudiado con interés en la doctrina comparada, exportando al exterior algunas de las claves del éxito con el que permitió conjugar en España diversidad y unidad.

En este proceso es fácil observar un papel determinante del Tribunal Constitucional que deja claro, en palabras de PULIDO QUECEDO, la interrelación inescindible entre la autonomía y la posibilidad de elaboración de políticas propias por parte de las comunidades autónomas.

“...El artículo 149.1 de la Constitución utiliza, para delimitar el ámbito reservado en exclusiva a la competencia estatal, diversas técnicas, cuya compleja tipología no es del caso analizar en detalle. Sobresale, sin embargo, la diferencia, que aquí sí es pertinente, entre la reserva de toda una materia (v. gr. Relaciones Internacionales, Defensa y Fuerzas Armadas, Administración de Justicia, Hacienda General y Deuda del Estado, etc.) y la reserva de potestades concretas (sea la legislación básica, o toda la legislación sobre determinadas materias). En el primer caso, la reserva estatal impide, no ya que una

comunidad autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella, aunque pueda participar en la determinación de tal política en virtud de la representación específica que las distintas comunidades tienen en el Senado. Cuando, por el contrario, la reserva estatal es sólo de ciertas potestades, correspondiendo otras a las Comunidades Autónomas que deseen asumirlas, éstas, en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esa materia, aunque en tal acción de gobierno no puedan hacer uso sino de aquellas competencias que específicamente le están atribuidas. Dentro de ellas está, sin duda, la necesaria para fijar la «organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno» (artículo 10.2 E. V.)” (Fundamento jurídico 2 de la STC 35/1982, de 14 de junio).

En la medida en que el curso del ciclo constituyente, democracia, libertad y autonomía (autogobierno territorial) se presentaron desde un principio como parte de un mismo y único “paquete” –puesto que se trataba de reaccionar contra el Franquismo, que había sido lo contrario: dictadura, represión y centralismo–, dar satisfacción a las voluntades de autogobierno localizadas en ciertos fragmentos del territorio nacional, al tiempo que se creaban las pautas para una operación descentralizadora de alcance más general, pasó a ser el punto central de un proyecto autonómico a articular en la Constitución.

El desafío consistía, pues, en opinión de BALAGUER CALLEJÓN, en:

- integrar los vectores de la diversidad y la unidad, la heterogeneidad y la integración,
- asegurar la viabilidad de un Estado no centralista (puesto que el centralismo era un antimodelo del que se huía) pero en el que tuviera cabida una efectiva solidaridad interterritorial.

El título VIII CE (“De la Organización Territorial del Estado”, arts. 137 a 158 CE) sienta las bases para el tratamiento de tan delicada cuestión, pero, por las razones históricas y políticas aludidas, no podía solucionarlo de una manera cerrada. En todo caso se trata, al parecer de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, de unos principios muy importantes y capaces de imponer limitaciones a la amplia apertura que sobre esta materia la Constitución prevé.

Como acaba de recordarse, tiene que añadirse de inmediato que esta característica de nuestra Constitución (su relativa “apertura” a desarrollos territoriales diversos, su renuncia a “cerrar” en su texto la articulación territorial del Estado, instaurando, en el sentido contrario, una pauta abierta que conduciría igual a un modelo relativamente abierto en lo que a la Constitución territorial se refiere) fue criticada al principio por ambigua e inconcluyente. Desde 1978, fecha en la que se aprobó la Constitución, la valoración que merece es positiva: funcionó; fue cimiento para una transformación sin precedentes, y se exportó, incluso, como un modelo a tener en cuenta desde otras latitudes.

La clave que mejor explica este inesperado éxito reside en la combinación del principio autonómico –enunciado, con carácter general, en el artículo 2 (Título preliminar), y concretado después en diversos artículos del título VIII- con el que se denominó “principio dispositivo”. Es esta una opción constitucional esencial, consistente en hacer de la autonomía una facultad, una disponibilidad del sistema, no una imposición. De este modo, el “principio dispositivo” pasa a ser definitorio:

- de las distintas modalidades de acceso a un determinado régimen de autogobierno territorializado,
- de la correlativa arquitectura institucional (la organización de cada comunidad Autónoma) y del correspondiente listado competencial asumido (el “techo” de cada comunidad autónoma).

Por lo que se refiere al primero de los principios referidos, el artículo 2 dice: “La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.”

Este artículo debe ser estudiado a la luz de su interpretación por el Tribunal Constitucional como ha hecho PULIDO QUECEDO, en concreto, teniendo en cuenta las siguientes afirmaciones jurisprudenciales:

“...De ese modo, el Estado autonómico se asienta en el principio fundamental de que nuestra Constitución hace residir la soberanía nacional en el pueblo español (art. 1.2 de la Constitución española), de manera que aquélla, como señalamos en su momento, «no es



el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones "históricas" anteriores» ( STC 76/1988, de 26 de abril , F. 3).” (Fundamento jurídico 4 de la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre)

Por su parte, el título VIII comienza por afirmar (art. 137 de la Constitución Española): “El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades disfrutan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”.

El Estado autonómico español no cuadra de forma exacta en ninguno de los patrones. Pero no “por defecto” (por no llegar a uno u otro), como podría pensarse, sino más bien “por exceso”, por su potencial versatilidad y flexibilidad frente a unos desarrollos que pueden llevarle “tan lejos” como cualquier federalismo.

Casi resulta innecesario anticipar que el carácter relativamente “abierto” del Estado autonómico habría de conducir –y así fue- a una gran potenciación del papel del Tribunal Constitucional en la iluminación de las claves y principios articuladores del sistema en el curso mismo de su construcción, especialmente como ha recordado FERNÁNDEZ FARRERES al entender de conflictos competenciales Estado/CCAA, muy numerosos durante los años inaugurales del modelo (1983-1988).

El artículo 147 CE sienta las bases normativas para esa “construcción jurídica” de toda comunidad autónoma, al preceptuar que cada una se fundará en un Estatuto de autonomía (EA), que será, de acuerdo con su definición constitucional, la “Norma institucional básica de cada comunidad autónoma”. Cada Estatuto de autonomía será siempre adoptado –y reformado- por ley orgánica aprobada por las Cortes Generales (arts. 147.3 y 151.2 CE).

De acuerdo con el artículo 147.2 CE, cada EA debe tener, además, un contenido material mínimo:

- a) la denominación de CA que mejor se corresponda con su identidad histórica;
- b) la delimitación de su territorio;



c) la denominación, sede y organización de sus instituciones de autogobierno;

d) las competencias a asumir y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas. Por su parte, el artículo 147.3 CE prescribe, como se observó, que cada EA solo podrá ser reformado de acuerdo con el procedimiento previsto en su propio texto.

Por su parte, los artículos 143 a 146, 151 y 152 CE van a establecer, en principio, dos modalidades procedimentales (dos procedimientos) de acceso a la autonomía. Uno de ellos representaría el “modelo común” u “ordinario” (art. 143) y otro el “extraordinario” por su especial nivel de dificultad (art. 151 CE).

Solo para las CCAA instituidas por el 151, el artículo 152 preveía desde un principio un edificio institucional de determinadas características. En cambio, para las demás CCAA, las del artículo 143 CE, la imprecisión constitucional iba a ser –en principio, subrayamos de nuevo– muy notoria: no se preveía expresamente cuál sería el edificio institucional para éstas.

Como recuerda PULIDO QUECEDO, el Tribunal Constitucional interpretó el alcance de la iniciativa autonómica y del denominado principio dispositivo desde el momento de sus decisiones iniciales.

“...Como consecuencia, y en virtud de la disposiciones constitucionales, el acceso a la autonomía de las nacionalidades y regiones se ha producido por vías diversas y se ha configurado en formas muy distintas de un caso a otro. Ello no obstante, y sin perjuicio del margen dejado a las peculiaridades y características de cada nacionalidad o región, la CE contiene una serie de preceptos y disposiciones referentes a la ordenación de este proceso de reestructuración territorial del Estado, de los que se excluye el principio dispositivo, fijando normas a las que los entes autonómicos así creados deben atenerse. Estos preceptos se encuentran a lo largo de todo el texto constitucional, y se refieren a una multiplicidad de temas...” (Fundamento jurídico 2 de la STC 16/1984, de 6 de febrero).

Junto a las previsiones constitucionales estudiadas hasta aquí, deben aún estudiarse otras cláusulas constitucionales revestidas de importancia de cara a la ulterior definición de

nuestro Estado autonómico y su correcta comprensión:

a) de un lado, en cuanto a la modalidad de acceso, deben ser estudiadas las tres previsiones del artículo 144 y algunas disposiciones transitorias de la Constitución;

b) de otro, en cuanto a las competencias, tienen que tenerse en cuenta las tres previsiones del artículo 150 CE; c) finalmente, en cuanto a la ordenación de las especialidades de algunas CCAA, deben considerarse las disposiciones adicionales 1ª y 3ª CE.

Existen otras cláusulas constitucionales para la definición del estado autonómico.

- Por un primer lado, el artículo 144 CE prevé tres modalidades de contribución unilateral del legislador del Estado al “cierre” del mapa autonómico. En todas ellas se exige, como requisito, la apreciación por las Cortes Generales de razones de “interés nacional” que así lo aconsejen.
- En el artículo 144.a) se contiene la posibilidad de adoptar por ley orgánica un EA para una provincia a la que no se reconozca “entidad regional histórica”: ese fue, en la práctica, el caso de la CA de Madrid.
- En el artículo 144.b) se prevé la posibilidad de “autorizar y acordar” un EA a territorios no integrados en la organización provincial (tal fue el caso de las LLOO 1 y 2/1995, de EA para las ciudades de Ceuta y Melilla).
- En el artículo 144.c) se prevé la posibilidad de “sustituir la iniciativa” (en caso de que esta fallase) de las corporaciones locales descrita en el artículo 143 al objeto de permitir la integración de un territorio en una CA: este procedimiento se utilizó:
  1. Para reintegrar la provincia de Almería al proceso andaluz por la vía del artículo 151 (mediante la LO 13/1980, de 16 de diciembre).
  2. Para incorporar a Segovia al proceso castellano-leonés por la vía del artículo 143 CE (mediante la LO 5/1983, de 1 de marzo).
- Por su parte, también las disposiciones transitorias 1ª, 2ª, 4ª y 5ª CE prevén especialidades procedimentales, de utilización dispositiva, para la regulación del acceso a la autonomía de ciertos territorios. Conforme a su naturaleza dispositiva o

voluntaria:

☐ Tanto la disposición transitoria 1ª como, sobre todo, la disposición transitoria 2ª, fueron ejercitadas en la práctica.

☐ Por el contrario, ni la disposición transitoria 4ª (relativa a la incorporación de Navarra a la CA del País Vasco) ni la disposición transitoria 5ª (en relación con Ceuta y Melilla) tuvieron nunca realización práctica.

Por su parte, el artículo 150 CE prevé tres modalidades de integración normativa del "bloque de constitucionalidad" junto a la propia CE y los EEAA: a) las leyes marco (art. 150.1); b) las leyes orgánicas de transferencia o delegación de competencias del Estado (art. 160.2); las leyes de armonización (art. 150.3).

BALAGUER CALLEJÓN advierte que la utilización sucesiva de la técnica competencial del artículo 150.2 CE (las leyes orgánicas de transferencia o delegación) permitió otras tantas "redefiniciones" de la orden competencial entre el Estado y la comunidad autónoma de que se trate. Esta técnica sirvió, entre otros objetivos:

- para permitir que dos CCAA del artículo 143 CE (la Canaria y la Valenciana, por medio de las LLOO 11 y 12/1982, respectivamente) naciesen, en su momento, con unas competencias ampliadas hasta extremos análogos a las del artículo 151 CE;
- para posibilitar que 10 CCAA del 143 pudieran –de conformidad con los segundos grandes acuerdos autonómicos hasta la fecha: los pactos autonómicos Gobierno-PSOE-PP de 28 de febrero de 1992– ampliasen sus competencias hasta su "equiparación substantiva" con las del artículo 151 CE.

Existen, por último, diversas normas que fueron sacadas del articulado del título VIII referidas a la determinación de las diferentes vías de acceso a la autonomía y en la definición de las instituciones y "techos" competenciales de las CCAA.

a) Así, en primer lugar, la disposición adicional 1ª subraya que la Constitución "ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales", y que su actualización deberá tener lugar, en su caso, en el marco de la Constitución y los estatutos de autonomía.

b) Por la misma razón constitucional (la proyección de la cláusula de los "derechos históricos" de la Disp. Adic. 1.<sup>a</sup> CE), la configuración jurídica de las CCAA del País Vasco y Navarra ("territorios forales" con "derechos históricos") presenta singularidades de gran calado en los tres planos de análisis habituales para el estudio del régimen de toda CA:

i) institucional (por la existencia, en cada uno de estos territorios forales, de las respectivas Juntas Generales, o Parlamento foral, y de las Diputaciones Forales como órgano de gobierno);

ii) competencial (por la titularidad de competencias singulares, heredadas de antiguos regímenes históricos), y

iii) lo más importante: financiero y tributario (por la existencia de regímenes especiales de autonomía tributaria y fiscal).

c) Finalmente, por su parte, la disposición adicional 3<sup>a</sup> se preocupa de recibir el "Régimen Económico Fiscal" especial de Canarias.

La cuestión de la naturaleza del modelo autonómico ha sido objeto de hondas discusiones entre los autores en España, y la sentencia del Tribunal constitucional de junio de 2010 en relación al Estatuto de Cataluña ha aportado un factor más para el debate cuando, en relación con el valor interpretativo de ciertas afirmaciones contenidas en la Exposición de Motivos de su texto mantiene que:

"...En atención al sentido terminante del art. 2 CE ha de quedar, pues, desprovista de alcance jurídico interpretativo la referida mención del preámbulo a la realidad nacional de Cataluña y a la declaración del Parlamento de Cataluña sobre la nación catalana, sin perjuicio de que en cualquier contexto que no sea el jurídico-constitucional la autorepresentación de una colectividad como una realidad nacional en sentido ideológico, histórico o cultural tenga plena cabida en el ordenamiento democrático como expresión de una idea perfectamente legítima.

Por todo ello, los términos "nación" y "realidad nacional" referidos a Cataluña, utilizados en el preámbulo, carecen de eficacia jurídica interpretativa, lo que dada la especial significación de un preámbulo estatutario así se dispondrá en el fallo; y el término "nacionales" del art. 8.1 EAC es conforme con la Constitución interpretado en el sentido de

que dicho término está exclusivamente referido, en su significado y utilización, a los símbolos de Cataluña, “definida como nacionalidad” (art. 1 EAC) e integrada en la “indisoluble unidad de la nación española” como establece el art. 2 CE, y así se dispondrá en el fallo...” (Fundamento jurídico 12 *in fine*).

Puede comprobarse que la propia jurisprudencia constitucional en una fecha tan reciente se ha visto obligada a aclarar cuestiones que posiblemente deberían estar ya resueltas desde una perspectiva jurídica en el texto constitucional.

### **LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.**

Una de las características más significativas de nuestro sistema constitucional de fuentes del derecho, es que tanto el Estado como las comunidades autónomas tienen constitucionalmente reconocido el poder de creación del derecho, y además nuestro sistema de fuentes se va a distinguir en la medida que de alguna manera coexisten en él dos ordenamientos jurídicos, el estatal y el autonómico, cuyas relaciones no se pueden articular en base al principio de jerarquía normativa (que operará obviamente en el interior de cada uno de ellos), sino atendiendo al criterio de la competencia material y territorial.

Con esto quiere decirse que cada una de las organizaciones que integran el que, con GONZÁLEZ ENCINAR, se puede llamar Estado unitario-federal, pueden emanar normas jurídicas, pero mientras que el denominado “derecho estatal” tendrá vigencia (ya sea como derecho directamente aplicable, ya como derecho supletorio) en todo el territorio nacional, el ordenamiento jurídico de cada comunidad autónoma tan sólo estará vigente en el territorio que determinase su respectivo Estatuto de autonomía.

Hay que advertir, que derecho autonómico y Estatuto de autonomía, no son términos coextensos, así, el estudio del derecho autonómico no puede entenderse agotado con la referencia a las normas institucionales básicas de las comunidades autónomas, sino que comprende también todas las normas jurídicas creadas por los poderes autonómicos.

El artículo 147 de la Constitución establece que dentro de los términos de la Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada comunidad autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.

Los Estatutos de autonomía deberán contener ciertos aspectos simbólicos como la

denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica o la denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias; y otros sustantivos, como son la delimitación de su territorio y las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a estas. Además, la reforma de los estatutos se ajustará al procedimiento establecido en estos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica.

Señala acertadamente PULIDO QUECEDO que el Tribunal Constitucional tiene delimitada la reserva estatutaria del artículo 147.2 como una reserva no absoluta, citando a tal efecto el siguiente pronunciamiento.

“...La determinación del contenido mínimo de los estatutos que se hace en el artículo 147.2 de la Constitución en el puede conducir, sin embargo, a una conclusión como la que los recurrentes defienden, porque de ella no puede deducirse una reserva estatutaria absoluta, única hipótesis en la que la afirmación de los recurrentes sería indiscutible. Ciertamente no existe tal reserva ni siquiera frente a las leyes del Estado en lo que se refiere a las competencias [artículo 147.2, c)], ya que éstas pueden resultar también de las leyes estatales no estatutarias a que se refiere el artículo 150 de la Constitución. Tampoco existe tal reserva estatutaria absoluta frente a la ley de la Comunidad Autónoma en lo que se refiere a la organización de las instituciones autónomas propias, cuyo desarrollo mediante ley no podría considerarse contrario al artículo 147.2, c). Y lo mismo hay que decir de la determinación de la sede de tales instituciones. El precepto contenido en el artículo 147.2 c), de la Constitución significa, sin duda, la absoluta exclusión de la norma estatal no estatutaria, pero no se ve razón para afirmar que se ha infringido cuando, como ocurre en el caso presente, aun no fijándose la sede por su nombre, se establece qué órgano habrá de determinarla, cuándo y dónde habrá de hacerlo y con qué mayoría, que es perfectamente acorde con una interpretación, que no hay motivos para rechazar, que ve en el artículo 147.2, c), una reserva estatutaria sólo relativa en la materia que nos ocupa.” (STC 89/1984, del 28 de septiembre, fundamento jurídico 7).

Como antecedente de este precepto GARRIDO MAYOL cita el artículo 11 de la Constitución española de 1931 a cuyo tenor: “si una o varias provincias limítrofes, con características

históricas, culturales y económicas, comunes, acordaran organizarse en región autónoma para formar un núcleo político-administrativo dentro del Estado español, presentarán su Estatuto conforme a lo establecido en el artículo 12. En ese Estatuto podrán solicitar para sí, en su totalidad o parcialmente, las atribuciones que se determinan en los artículos 15, 16 y 18 de esta Constitución, sin perjuicio, en el segundo caso, de que puedan solicitar todas o parte de las restantes por el mismo procedimiento establecido en este Código fundamental. La condición de limítrofe no es exigible a los territorios insulares entre sí. Una vez aprobado el Estatuto, será la ley básica de la organización política administrativa de la región autónoma, y el Estado español la reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.”

El artículo 147 enumera cuatro elementos que de forma obligatoria ha de contener todo Estatuto de autonomía pero que en la jurisprudencia reciente del máximo intérprete de la Constitución se han relajado mucho.

Sobre este contenido de los estatutos es ilustrativa la posición del Tribunal Constitucional con motivo de la resolución del recurso acerca del Estatuto de Valencia, cuando dice:

“...En definitiva, el contenido constitucionalmente lícito de los estatutos de autonomía incluye tanto el que la Constitución prevé de forma expresa (y que, a su vez, se integra por el contenido mínimo o necesario previsto en el art. 147.2 CE y el adicional, al que se refieren las restantes remisiones expresas que la Constitución realiza a los estatutos), como el contenido que, aun no estando expresamente señalado por la Constitución, es complemento adecuado por su conexión con las aludidas previsiones constitucionales, adecuación que ha de entenderse referida a la función que en sentido estricto la Constitución encomienda a los estatutos, en cuanto norma institucional básica que ha de llevar a cabo la regulación funcional, institucional y competencial de cada comunidad autónoma.” (STC 247/2007, de 12 de diciembre)

También resulta de particular interés explicitar lo que PULIDO QUECEDO denomina “compleja y perpleja solución en torno a la constitucionalidad” de ciertos derechos consagrados en el Estatuto valenciano, atendiendo para ello a la jurisprudencia siguiente.

“...Lo primero que hay que destacar es que el art. 17.1 EACV no enuncia un derecho ya regulado en la Constitución (capítulo II del título I), esto es, en sus propios términos, no



se identifica con ninguno de ellos. Por lo tanto, en cuanto que enunciado en un Estatuto, no goza de la triple condición que a los derechos constitucionales reconoce el art. 53.1 CE: regulación reservada a la ley, respeto a su contenido esencial y vinculación a todos los poderes públicos. Es decir, no estamos ante un derecho que pueda ser incluido en el ámbito de los «derechos fundamentales y libertades públicas» que la Constitución reconoce y garantiza, pues estos últimos «son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo (art. 53 CE)» (STC 247/2007, de 12 de diciembre).

La más reciente sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, es un magnífico documento jurídico que recuerda la posición que dentro del ordenamiento español tiene el Estatuto de autonomía. En efecto, el fundamento jurídico tercero aporta la siguiente doctrina:

“...Los estatutos de autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que *no son expresión de un poder soberano*, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución, y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma (así, desde el principio, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). Como norma suprema del Ordenamiento, la Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes. Ciertamente, no faltan en ningún ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución *stricto sensu*, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de derecho, tales como, en particular, constituir el fundamento de la validez de las normas jurídicas integradas en los niveles primarios del ordenamiento; esto es, en aquellos en los que operan los órganos superiores del Estado. Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico, y, por más que sea conveniente para la ilustración de los términos en los que se constituye y desarrolla el sistema normativo que tiene en la Constitución el fundamento de su existencia, en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal. En nada afecta, en definitiva, a la subordinación a la



Constitución de todas la normas que, sea cual sea su cometido con una perspectiva material el lógica, no se integran en el Ordenamiento bajo la veste de la Constitución formal; única que atribuye a los contenidos normativos –también a los que materialmente cupiera calificar de extraños al concepto académico de Constitución– la posición de supremacía reservada a la Norma fundamental del prdenamiento jurídico...”

Estas reflexiones del Tribunal Constitucional no son nuevas puesto que, desde pronunciamientos muy iniciales de 1983 (valga por todos el contenido en la Sentencia 72/1983, de 29 de julio), se destacó que el Estatuto de autonomía es la norma delimitadora de competencias en cuanto integra el bloque de la constitucionalidad, y en definitiva se dicta para delimitar las competencias del Estado y de la comunidad autónoma respectiva.

**XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ.**

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO.

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA ELABORADO A PARTIR ENTRE OTRAS DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFIA SELECCIONADA**

Balaguer Callejón, F. (Coord.), *Manual de derecho constitucional*, Vol. I., Tecnos, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2008, 326-332.

Tajadura Tejada J. *Reformas territoriales y Estado Social*. Sistema: Revista de ciencias sociales, Nº 196, 2007, 49-74

Toboso López F. *Algunas claves organizativas del estado de las autonomías español y sus consecuencias*. RAE: Revista Asturiana de Economía, Nº. 32, 2005, 43-66.

Parrado Díez S. *Sistemas administrativos comparados*. Madrid: Universitat Pompeu Fabra, 2002.

Pulido Quecedo, M. capítulo 2º del Manual de actuación del Parlamentario coordinado por

Sarmiento Méndez X. A. Editorial El Derecho, 2011.

Santaolalla López, F., *Derecho constitucional*, Dykinson, 2.ªed, Madrid, 2010, 105-116.

Sarmiento Méndez X. A. *Manual de Derecho Constitucional*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo. 2010.

## **TEMA 15**

**COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA MODIFICACIÓN EXTRAESTATUTARIA DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS: LEYES MARCO, DE TRANSFERENCIA Y DELEGACIÓN Y DE ARMONIZACIÓN. LA RESERVA DE COMPETENCIAS AL ESTADO: NORMATIVA BÁSICA; LA ATRIBUCIÓN ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS Y LA CLÁUSULA DE CIERRE DEL ARTÍCULO 149.3**

**TEMA 15. COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LA MODIFICACIÓN EXTRAESTATUTARIA DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS: LEYES MARCO, DE TRANSFERENCIA Y DELEGACIÓN Y DE ARMONIZACIÓN. LA RESERVA DE COMPETENCIAS AL ESTADO: NORMATIVA BÁSICA; LA ATRIBUCIÓN ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS Y LA CLÁUSULA DE CIERRE DEL ARTÍCULO 149.3**

**1.- COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

**1.1.- Aspectos conceptuales**

En términos generales, la competencia es el ámbito material, determinado por ley, en cuyo marco una Administración puede ejercer su actividad. La competencia es, por tanto, el mecanismo en el que se fundamenta jurídicamente cualquier actuación administrativa, de ahí la importancia de su previa delimitación.

El Estado autonómico comporta un reparto de poder político y administrativo entre el Estado y las comunidades autónomas, que tiene su reflejo en el sistema de distribución de competencias entre ambos.

Al hablar de las competencias de las comunidades autónomas, estamos refiriéndonos al propio concepto de competencia antes señalado, pero, desde otro punto de vista, estamos aludiendo también a un aspecto que nos permite entender el fenómeno autonómico en sí mismo, ya que en él reside el valor esencial del papel que las comunidades autónomas representan dentro del Estado. La distribución de competencias es indicativa, además, del grado que alcanza la autonomía de una determinada comunidad autónoma.

La noción de competencia abarca también las llamadas "funciones", como ámbito concreto y material que conforma dicho concepto. A este respecto, se suele aludir, como clasificación más común, a una función legislativa y una función ejecutiva, distinción en la que se incluye la función reglamentaria y la de administración o gestión.

## **1.2.- La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Los artículos 148 y 149 de la Constitución**

Las competencias de las comunidades autónomas vienen delimitadas en los respectivos estatutos de autonomía, en base al marco competencial definido en la Constitución (art. 147.2 d). En efecto, tanto las competencias que corresponden al Estado como las que pueden corresponder a las comunidades autónomas aparecen delimitadas en el título VIII del texto constitucional, concretamente en sus arts. 148 y 149, por medio de un sistema llamado de "doble lista", caracterización ésta ampliamente extendida pero con la que, sin embargo, no todos están de acuerdo; así, entre otros, COSCULLUELA MUNTANER defiende que existe una única lista, la del art. 149.

El sistema de distribución de competencias tiene que ajustarse a una serie de principios generales que la propia Constitución recoge en diferentes artículos. Así, los contenidos en el art. 2, cuando dice que la Constitución se fundamenta en la unidad de la Nación española y en el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones; en el art. 137, que establece como criterio para el reparto de poder el de la asignación a cada instancia de lo que concierne a sus respectivos intereses; en el art. 138, en el que se contempla el principio de solidaridad y no discriminación entre territorios, o en el art. 139, de igualdad de los españoles en cualquier parte del territorio y libertad de circulación y establecimiento.

El texto constitucional, a través del sistema contemplado en los arts. 148 y 149, ha pretendido concretar qué competencias han de corresponder en todo caso al Estado (las del art. 149.1: "*el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias...*") y cuáles, de entre las contenidas en una lista abierta, pueden corresponder a las comunidades autónomas. Por tanto, contrariamente a lo que sucede en el caso del Estado, la Constitución no realiza una atribución directa de competencias a las comunidades autónomas, sino que deja que sean estas, a través de sus respectivos estatutos de autonomía, las que dispongan qué nivel de competencias quieren asumir como propias (principio dispositivo), dentro del listado de materias previsto en el art. 148.1: "*Las comunidades autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias...*". El principio dispositivo permite pues, en principio, tantos niveles competenciales como comunidades autónomas existen, aunque en la

práctica es bastante similar entre todas ellas, con la salvedad de las singularidades derivadas del hecho diferencial que afecta particularmente a algunas comunidades autónomas.

La lista del art. 148 tiene un valor limitado en el tiempo, ya que, transcurridos cinco años desde la aprobación del respectivo estatuto de autonomía, mediante la reforma de este, las comunidades autónomas han estado en condiciones de asumir todas las competencias no reservadas por el art. 149 al Estado. Por ello, muchos autores consideran que el artículo 148, en pura técnica normativa, en cierto sentido responde a los caracteres propios de una disposición transitoria.

De hecho, con los sucesivos procesos de reforma estatutaria, este artículo ha perdido todo su sentido, habiendo alcanzado la mayoría de las comunidades autónomas, como decimos, un techo de competencias similar. En el momento actual el único límite que a este respecto existe para las comunidades autónomas es el del art. 149.1, salvo que acudan a una transferencia o delegación por la vía del art. 150.2.

Las materias relacionadas tanto en el artículo 148 como en el art. 149 son muy heterogéneas y su enumeración no siempre obedece a un criterio claro y preciso, pues en ocasiones se relacionan materias genéricas y en otras más específicas; algunas materias están referidas a una actividad (la pesca), en otras a una institución jurídica (propiedad industrial) o en otras a determinados bienes (minería). No obstante, en cuanto se refiere a aquellas materias competencia del Estado, se puede decir que todas están interconectadas por la presencia de un interés general prevalente, es decir, afectante a todos los ciudadanos. Precisamente, por tal razón es por lo que se ha entendido que debe reservárselas aquél.

El art. 149.3 completa el sistema de distribución de competencias a través de la llamada “cláusula residual” o “cláusula de cierre”, a la que luego nos referiremos.

Finalmente, hay que citar la previsión contenida en el art. 150, que posibilita la asunción extraestatutaria de competencias, concretamente, a través de leyes marco, las leyes de delegación y transferencia y las leyes de armonización.

### **1.3.- Las competencias de las comunidades autónomas en los estatutos de autonomía**

La delimitación de competencias autonómicas que, en general, realizan los distintos estatutos de autonomía responde a la clásica distinción entre competencias exclusivas y competencias compartidas.

#### **A) Competencias exclusivas**

Las competencias exclusivas se corresponden con las del máximo nivel, ya que, en principio, no están mediatizadas por circunstancia alguna, correspondiendo a la comunidad autónoma en exclusividad, pues le están atribuidas todas las funciones, tanto legislativas como de desarrollo legislativo y de ejecución. Sin embargo, conviene matizar que dicho carácter exclusivo aparece, en algunos casos, muy relativizado, lo que finalmente lleva a considerar que la nota de exclusividad opera con muy distinto alcance. Ello se puede apreciar, entre otros, en los siguientes supuestos:

- Aquellas competencias sobre las que las comunidades autónomas ejercen la totalidad de las funciones correspondientes a una determinada materia, es decir, de nivel máximo, entre cuyos ejemplos se pueden citar la organización de las instituciones de autogobierno o la promoción y la enseñanza de la lengua propia.

- Existen, por otro lado, supuestos en los que la comunidad autónoma ejerce sobre determinada materia ciertas funciones -bien sea el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, bien sea sólo la de ejecución- y otras se reservan al Estado. Ejemplos de esta categoría son las normas adicionales sobre protección del medio ambiente.

- Además, existen competencias que ejercen indistintamente tanto el Estado como la comunidad autónoma, con el único límite de que no se produzcan interferencias en su ejercicio.

Finalmente, hay que referir el supuesto de las denominadas competencias exclusivas de segundo grado, en las que la comunidad autónoma ostenta la totalidad de las

funciones respecto a una determinada materia competencial, si bien dicha competencia debe ejercerse de acuerdo con las bases y la ordenación general de la economía y de la política monetaria del Estado y en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y 149, 1, 11 y 13 de la Constitución. En definitiva, dicha competencia está en cierto modo constreñida en virtud de los denominados títulos competenciales generales u horizontales pertenecientes al Estado, así llamados porque inciden horizontalmente en las restantes materias.

Se trata de actividades relacionadas con la economía y los diversos sectores que la componen, como el fomento y planificación de la actividad económica general, la industria, la agricultura, la ganadería, el comercio interior, etc. En definitiva, en estos supuestos la comunidad autónoma, en la materia de la que se trate, está en condiciones de desarrollar una política propia, pero en todo caso sujeta a las orientaciones e intervenciones de coordinación que el Estado establezca.

Ahora bien, no obstante el poder coordinador con el que el Estado cuenta en estas materias, como ha señalado el Tribunal Constitucional, su ejercicio no puede en ningún caso producir el vaciamiento de la correspondiente competencia autonómica.

#### B) Competencias compartidas

Como ya se señalaba, el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas concebido por la Constitución prevé en unas ocasiones la atribución íntegra de la competencia sobre una determinada materia a una de las dos instancias y, en otras, sin embargo -el supuesto al que nos referimos en este apartado-, establece un sistema de reparto entre ellas según una doble modalidad: bien comparten ambas la competencia sobre dicha materia bien simplemente ambas ejercen funciones (diferentes) en relación con una misma materia.

El primer supuesto, de compartición de la materia, tiene como uno de los ejemplos de referencia el previsto en el art. 148.1.4 de la Constitución, que atribuye como competencia a las comunidades autónomas la de "obras públicas de interés de la comunidad autónoma en su propio territorio", mientras que, por su parte, el art. 149.1.24 atribuye al Estado la



competencia sobre obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma.

El segundo supuesto es el de compartición de funciones a ejercitar en relación con una determinada materia –el más común- que se produce cuando se atribuye a una instancia la competencia legislativa y a la otra, la competencia ejecutiva, la primera, en lo que se refiere a la normativa básica al Estado y, la segunda, a la comunidad autónoma.

Normalmente se pueden distinguir dos niveles de competencias compartidas en los estatutos de autonomía: uno, en el que la competencia de la comunidad autónoma abarca el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, como es el caso relativo al régimen jurídico de la Administración pública de la comunidad autónoma de que se trate o del régimen estatutario de sus funcionarios; otro es el supuesto en el que se atribuye a la comunidad autónoma tan sólo la ejecución de la legislación estatal. Respecto de este último, se puede citar como referencia la legislación laboral o de propiedad industrial e intelectual.

#### **1.4.- Fórmula de articulación y de materialización de las competencias autonómicas**

En este caso nos estamos refiriendo al cauce formal de materialización de competencias, que se lleva a cabo a través de los reales decretos de traspasos de bienes, servicios, personal y recursos financieros, que históricamente ha sido el instrumento más habitual por el que se han producido las transferencias a las comunidades autónomas.

Conviene aclarar a este respecto que, como ya se ha recogido, realmente las competencias autonómicas se asumen por medio de los respectivos estatutos de autonomía. A través de los reales decretos de traspasos, el Estado únicamente pone a disposición de las comunidades autónomas los medios humanos y materiales para poder ejercer efectivamente dichas competencias. Así pues, el sentido de los reales decretos de traspasos se limita a una función interpretativa del contenido y alcance de los servicios traspasados por el Estado. El Tribunal Constitucional ha señalado, a este respecto, que el real decreto de traspasos es un instrumento *"útil para determinar el alcance de la competencia"*. Por ello, quizás, en

muchos decretos de traspasos se determinan incluso las funciones que sobre la materia de que se trate se reserva el Estado, aquellas que ejercerá la comunidad autónoma y aquellas que se ejercerán en régimen de colaboración.

El punto de partida en esta materia viene recogido por el artículo 147.d) de la Constitución, a tenor del cual los estatutos de autonomía deberán contener, entre otras menciones, las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

Históricamente los traspasos de servicios del Estado a las comunidades autónomas se han venido realizando a través de las comisiones mixtas Estado-comunidad autónoma, a las que les correspondía concretar qué bienes y servicios eran objeto del traspaso. Una vez determinados estos por mutuo acuerdo, la Comisión elevaba una propuesta, vinculante, al Gobierno para su aprobación mediante real decreto.

En lo que respecta a Galicia, antes de la entrada en vigor del Estatuto se constituyó la Comisión Mixta de Transferencias, a través del Real decreto 464/1978, de 16 de marzo. Posteriormente, el Estatuto de autonomía, en su disposición transitoria 4, previó la creación de una comisión mixta paritaria integrada por representantes del Estado y de la Comunidad Autónoma. Dicha comisión mixta debía establecer sus normas de funcionamiento, concretamente, determinando los calendarios y plazos para el traspaso de cada servicio.

## **2.- LA MODIFICACIÓN EXTRAESTATUTARIA DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS: LEYES MARCO, DE TRANSFERENCIA Y DELEGACIÓN Y DE ARMONIZACIÓN**

### **2.1.- El art. 150.2 de la Constitución**

Si los estatutos de autonomía son el marco normativo de delimitación competencial entre el Estado y las comunidades autónomas, con arreglo al esquema constitucionalmente previsto, la modificación de dicha delimitación únicamente podrá ser llevada a cabo mediante la reforma de aquellos.

El sistema en la práctica, sin embargo, no resulta tan rígido, pues las competencias

estatutarias pueden ser ampliadas, sin necesidad de reforma estatutaria, mediante leyes a tal efecto previstas por la Constitución. Concretamente, su art. 150 tiene establecidas tres distintas modalidades modificativas: las leyes marco, las leyes de armonización y las leyes de transferencia y delegación. Es necesario significar que los contemplados en el texto constitucional son tres mecanismos excepcionales en cuanto que están dirigidos a modificar el esquema normal de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, que viene fijado conjuntamente y de modo coordinado por la Constitución y los estatutos de autonomía.

En cualquier caso, estamos ante modalidades que actúan como vías de atribución extraestatutaria de competencias, si bien conviene puntualizar que las leyes de armonización no son propiamente normas habilitadoras de competencias, sino más bien, en cuanto tienen por misión armonizar las disposiciones normativas de las comunidades autónomas, suponen de hecho una limitación por parte del Estado a las competencias propias o exclusivas de aquellas. En todo caso, dicha limitación viene justificada, eso sí, por un valor superior que representa el interés general.

## **2.2.- Leyes marco**

Dispone el art. 150.1 de la Constitución que *"Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las comunidades autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las comunidades autónomas"*.

SANTAMARÍA PASTOR señala dos características esenciales de esta modalidad legislativa:

- En primer lugar, la ley marco es una modalidad de delegación legislativa, mediante la cual la ley estatal, en lugar de agotar por sí la regulación de una materia sobre la que es competente, opta por remitir una parte de dicha regulación a las comunidades autónomas.

- En segundo lugar, la ley marco es una técnica de ampliación de la potestad legislativa de las comunidades autónomas, mediante la cual el Estado puede extender el campo de acción de esta a materias no asumidas mediante su respectivo estatuto de autonomía; un supuesto pues, de ampliación extraestatutaria, en cuanto se realiza por una norma distinta del estatuto de autonomía, y unilateral, que el Estado lleva a cabo por su libre decisión y que puede modificar o revocar en cualquier momento.

En definitiva, las leyes marco son normas que habilitan competencias a favor de las comunidades autónomas, que de este modo, en los ámbitos a los que van referidas, comparten competencias con el Estado que antes eran exclusivas del mismo.

Se ha especulado sobre si estamos aquí ante una modalidad de delegación recepticia, como la regulada en los artículos 82 y 83 de la Constitución, particularmente la referida a las leyes de bases. Sin embargo, a diferencia de esta, en la que se produce una delegación de las Cortes Generales en favor del ejecutivo del propio Estado, aquí nos encontramos, como hemos visto, ante una fórmula de delegación que puede operar en favor de las comunidades autónomas y en la que, por tanto, no entran en juego los límites establecidos por los artículos 82 y 83 citados.

El art. 150.1 no impone límites ni al tipo de delegación ni al contenido de la misma, por lo que puede darse el caso de que la ley marco contenga tan sólo una habilitación a todas o a alguna de las comunidades autónomas, sin otro objeto sustancial, por tanto, que el meramente habilitante. En todo caso, el único límite que afectaría a esta modalidad sería el de la fijación estricta de principios, bases o directrices, no pudiendo por tanto ir más allá de estos, y queda a las comunidades autónomas la misión de desarrollarlos.

En cuanto a las materias que pueden ser objeto de la ley marco, estas son, de acuerdo con la dicción legal, las de “competencia estatal”, expresión esta que cabe interpretar referida a aquellas competencias contenidas en el art. 149.1 de la Constitución y además todas aquellas asumidas por el Estado en virtud de la cláusula residual del art. 149.3, a la que nos referiremos más adelante.

El art. 150.1, al establecer que la ley marco ha de prever la modalidad de control de las Cortes Generales sobre las normas que en su desarrollo dicten las comunidades autónomas, está poniendo especialmente el acento en el hecho de que la titularidad de la competencia no resulta alterada, permaneciendo en todo caso en manos del Estado -como corresponde genéricamente a toda delegación competencial- y, por tanto, este puede recuperarla mediante ley de contrario dictada a tal efecto.

La Constitución, al expresar también que el control de las Cortes lo es sin perjuicio de la competencia de los tribunales, está refiriéndose a dos tipos diferentes de controles: el político, que es el que se reservan las Cortes Generales en la propia ley marco, y el jurisdiccional, que, en su caso, podrán llevar a cabo los tribunales de justicia. Ha de entenderse en este punto que la genérica alusión a los tribunales va referida tanto al Tribunal Constitucional, a través del recurso de inconstitucionalidad, como a los tribunales ordinarios, en este último caso mediante el planteamiento de la cuestión previa de inconstitucionalidad, que tiene lugar mediante la vía prevista en el art. 163 de la Constitución.

Nada dice el texto constitucional sobre cuál es el órgano de las comunidades autónomas que ha de dictar la norma o normas legislativas en desarrollo de la ley marco. Hay que decir que sobre este particular habrá que estar a lo previsto en los respectivos estatutos de autonomía, pero, en todo caso, nada parece oponerse a que tal desarrollo pueda tener lugar, bien por parte del parlamento autonómico correspondiente bien que este pueda encomendar dicha tarea al órgano de gobierno.

Finalmente, hay que señalar que en el sistema de jerarquía normativa, las leyes marco ocupan la misma posición que una ley ordinaria. Sin embargo, la verdad es que la ley marco está en cierto modo en un nivel superior que la legislación de desarrollo, en cuanto limita el contenido de esta y puede ejercer controles sobre ella.

### **2.3.- Leyes de transferencia y delegación**

El art. 150.2 dispone que: *"El Estado podrá transferir o delegar en las comunidades autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La*

*ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado”.*

Esta fórmula legal ha sido recogida también en diversos estatutos de autonomía, así, entre otros, el Estatuto gallego que prevé en su art. 36 que *“1. La Comunidad Autónoma gallega podrá solicitar del Estado la transferencia o delegación de competencias no asumidas en este estatuto. 2. Corresponde al Parlamento de Galicia la competencia para formular las anteriores solicitudes y para determinar el organismo de la Comunidad Autónoma gallega a cuyo favor se deberá atribuir, en cada caso, la competencia transferida o delegada”.*

A diferencia del supuesto previsto en el art. 150.1, antes visto, en las leyes de transferencia y delegación, si bien el Estado se reserva fórmulas de control, no se fijan, sin embargo, como en las leyes marco, los principios, bases o directrices dentro de los que se han de desenvolver las facultades atribuidas, elementos estos que actúan, como ya dijimos, como auténticos límites al ejercicio de la competencia por parte de las comunidades autónomas. En definitiva, estamos ante una habilitación muy amplia y de ahí, tal vez, la exigencia de ley orgánica para la norma habilitante.

Pasamos ahora a analizar los elementos que contiene este precepto, comenzando por el referente al doble término de *“transferencia” o “delegación”* que utiliza el artículo. Pues bien, la cuestión ha recibido algún tratamiento doctrinal, así, mientras que para GARCÍA DE ENTERRÍA la distinción carece de verdadera relevancia, para otros, en cambio, la distinción da cuenta de la diferente intensidad que puede tener la asunción de competencias de las comunidades autónomas en base a este precepto, plena en un caso y condicionada en el otro.

Por otra parte, el precepto prevé como objeto de la transferencia o delegación *“facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”.* Al respecto, en primer lugar, resulta claro que las facultades transferidas o delegadas lo son en relación con materias de titularidad estatal. No es tan clara, sin embargo, la referencia a las materias *“que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación”.* En principio, con dicha

expresión, cabe en todo caso entender, *a sensu contrario*, que hay determinadas materias que resultan intransferibles e indelegables y que en este caso, por tanto, actúan como límites a la transferencia o delegación.

Y en este punto hay que lamentar que la Constitución no hubiera establecido, expresamente o con relación a determinado artículo del texto, un listado de materias de titularidad estatal que no resultan transferibles o delegables o bien de aquellas que sí lo son, sobre todo teniendo en cuenta que es el propio art. 150 el que permite que las competencias de titularidad estatal pueden ser transferidas a las comunidades autónomas.

Las posiciones doctrinales a este respecto van desde un extremo a otro. Por un lado, las que consideran que, dado que no es posible la transferencia de competencias o materias completas, sino solo de "*facultades*" correspondientes a materias de titularidad estatal, bajo esta óptica tampoco cabría admitir que existan materias intransferibles o indelegables, es decir, que no admitan, en mayor o menor medida, la colaboración autonómica (GARCÍA DE ENTERRÍA). Esta posición, sin embargo, es contraria a la que mantiene otro sector doctrinal, quien considera que no son transferibles ni delegables las materias sobre las que el Estado posee una competencia íntegra o plena y cuyo ejemplo más significado es el del art. 149.1.4ª de la Constitución (defensa y fuerzas armadas).

Otro elemento de la regulación constitucional del artículo que tratamos es el de la forma de la norma delegante. Resulta claro sobre este punto que las transferencias y delegaciones previstas en el art. 150.2 han de formalizarse mediante ley orgánica. Hay que reparar, sin embargo, en que, salvo la referencia a la previsión sobre la transferencia de medios financieros que hará posible la asunción de la transferencia, no existe en el precepto referencia alguna al contenido de la ley orgánica.

Existe otro aspecto de interés en el artículo, al que nos hemos referido al comienzo, que es el de la naturaleza de las competencias transferidas y, más concretamente, si pueden ser las puramente ejecutivas o si además pueden serlo las normativas. Y sobre este particular, con independencia de la posición doctrinal por la que se opte, la realidad es que la práctica ha impuesto que pueden ser tanto unas como otras. Así, en las transferencias llevadas a cabo por la Ley orgánica 16/1995, de 27 de diciembre, a la

Comunidad Autónoma de Galicia, se contienen tanto competencias exclusivas (cooperativas y mutuas, espectáculos públicos, transporte marítimo en la comunidad), como competencias de desarrollo legislativo y ejecución, y competencias puramente ejecutivas.

En lo que se refiere al posible límite temporal de dichas delegaciones o transferencias, hay que decir que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no parece existir inconveniente en que, con posterioridad a la adopción de la ley orgánica, el Parlamento dicte una nueva ley, con el mismo carácter, para que el Estado recupere las competencias anteriormente transferidas o delegadas.

En lo referente a los controles a los que están sujetos estas leyes y a los que se refiere también el art. 150.2, este se limita a señalar que deberán ser previstos en la correspondiente ley orgánica, pero sin indicar con qué contenido deben operar dichos controles.

Una parte de la doctrina ha distinguido según se trate de funciones objeto de delegación y funciones objeto de transferencia. De este modo, consideran que las primeras pueden ser objeto de control por el Gobierno y no así en cambio las funciones objeto de transferencia, que serían controlables por la propia comunidad autónoma destinataria de la transferencia. Ello guardaría relación con el hecho de que la transferencia opera de una forma más incondicionada, lo que no ocurre con la delegación en la que el órgano delegante mantiene un mayor control sobre las facultades delegadas.

Pero, una vez más, aquí la práctica se impone y así se dan supuestos muy variados, desde los que señalan a las comunidades autónomas la obligación de facilitar a la Administración del Estado la información que ésta solicite sobre las materias transferidas, a aquellos otros en los que se exige que los servicios transferidos mantengan un determinado nivel de eficacia, previendo la posibilidad, en caso de incumplimiento y previo requerimiento, de suspender las facultades y servicios, dando cuenta a las Cortes Generales.

Como ejemplo concreto podemos traer aquí el del art. 7 de la Ley orgánica



16/1995, de 27 de diciembre, por el cual la Comunidad Autónoma de Galicia debía adaptar el ejercicio de las competencias transferidas a través de la ley orgánica a determinados principios y controles. Así, concretamente:

*"a) La Comunidad Autónoma de Galicia facilitará a la Administración del Estado la información que ésta solicite sobre las materias correspondientes.*

*b) Las facultades y servicios transferidos mantendrán, como mínimo, el nivel de eficacia que tengan en el momento de la transferencia.*

*c) En caso de incumplimiento de los requisitos anteriores, el Gobierno requerirá formalmente al respecto a la Comunidad Autónoma y, si persistiere el incumplimiento, podrá suspender a partir de los tres meses las facultades y servicios, dando cuenta de ello a las Cortes Generales, que resolverán sobre la procedencia de la decisión del Gobierno, levantando la suspensión o acordando la revocación del ejercicio de la facultad transferida."*

## **2.4.- Leyes de armonización**

El art. 150.3 de la Constitución dispone que *"El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las comunidades autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad"*.

Se trata a través de esta modalidad de permitir al Estado, en determinados supuestos, utilizar una fórmula que aporte elementos de coherencia a las normas dictadas por las comunidades autónomas. Dicho de otro modo, esta modalidad se justifica en la necesidad de que exista una legislación uniforme en una determinada materia, cualquiera que esta sea.

Estamos, como puede fácilmente apreciarse, ante un sistema excepcional, utilizable de forma restrictiva sólo, según el Tribunal Constitucional, cuando *"el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o*

*estos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general"* (STC 73/1983); y ello porque a través de esta modalidad se habilita al legislador estatal para, de algún modo, interferir en el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. En cierta medida, la Ley de armonización actúa como límite al ejercicio por las comunidades autónomas de sus potestades legislativas, pues vincula los contenidos de estas. Ciertamente es que, fuera de los "principios armonizadores" que contienen, a los que debe atenerse la legislación autonómica, las leyes de armonización en ningún caso pueden implicar una modificación de los estatutos de autonomía ni dejar sin contenido las normas autonómicas en la materia objeto de armonización.

En otro orden de argumentos, esta modalidad se explica por la *"imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos que la propia Constitución haya previsto de que el Estado incida en el ámbito competencial de las comunidades autónomas"* (STC 76/1983).

En definitiva, las leyes de armonización fueron concebidas por el constituyente como un sistema de salvaguarda del interés general. Es cierto que este ya ha sido considerado por la Constitución a la hora de establecer el reparto competencial, pero se da la circunstancia de que pueden existir supuestos en los que se haga precisa una mayor concreción de dicho interés por el legislador estatal.

Sin embargo, no basta con la mera apelación, en abstracto, al interés general para que este sea apreciado, ni que se obtenga el respaldo formal de la mayoría absoluta de las dos cámaras, sino que se requiere, además, una objetiva exigencia de uniformidad normativa.

A pesar de que la armonización afecta normalmente a las competencias exclusivas de las comunidades autónomas, según el Tribunal Constitucional *"no es contrario a la Constitución que las leyes de armonización sean utilizadas cuando, en el caso de competencias compartidas, se aprecie que el sistema de distribución de competencias es insuficiente para evitar que la diversidad de disposiciones normativas de las CC.AA. produzca una desarmonía contraria al interés general de la Nación"* (STC 76/1983).

Si bien la redacción del art. 153 de la Constitución pudiera dar a entender otra cosa, las leyes de armonización pueden adoptarse previamente o con posterioridad a la aprobación de las normas autonómicas cuya armonización se pretende.

La Constitución guarda silencio respecto de las características técnicas que deben reunir las leyes de armonización. La única referencia a este respecto la encontramos en la Ley orgánica de armonización del proceso autonómico (LOAPA), que se configuró como una norma de aplicación directa e inmediata, con efectos generales, aplicables desde el momento mismo de su entrada en vigor.

Esta norma también nos ha ofrecido pistas sobre el procedimiento formal de la elaboración de estas leyes. En todo caso y como ya se apuntó, previamente al inicio de dicho procedimiento, el inciso final del art. 150.3 requiere que las Cortes Generales, por iniciativa de la mayoría absoluta de cada cámara, aprecien la necesidad de una ley armonizadora. A partir de entonces no serán admitidas enmiendas que contradigan la necesidad ya apreciada.

Dicha iniciativa puede provenir del Gobierno, de dos grupos parlamentarios o de 1/5 de los diputados (art. 168.1 del Reglamento del Congreso), o puede corresponder, en el caso del Senado, al Gobierno o a 25 senadores (art. 141.1 del Reglamento del Senado). En este último caso, las propuestas deberán ser informadas por la Comisión General de las Comunidades Autónomas, antes de su elevación al Pleno del Senado.

En lo que se refiere al procedimiento propiamente dicho de la elaboración de las leyes de armonización, su tramitación, en lo esencial, no difiere de lo establecido para las leyes ordinarias.

### **3.- LA RESERVA DE COMPETENCIAS AL ESTADO: NORMATIVA BÁSICA; LA ATRIBUCIÓN ESTATUTARIA DE COMPETENCIAS Y LA CLÁUSULA DE CIERRE DEL ARTÍCULO 149.3**

#### **3.1.- La normativa básica**

En este caso estamos refiriéndonos a las materias de competencia estatal contenidas,

como vimos, en el artículo 149 de la Constitución, en las que se puede producir la concurrencia de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Estos supuestos también abarcarían las competencias del art. 148 de la Constitución que, aun pudiendo ser de competencia exclusiva de aquellas, pudieran requerir la intervención del Estado para salvaguardar el interés general en cualquier orden.

Pues bien, en estos supuestos, las Cortes Generales pueden aprobar normas que contengan los criterios generales de regulación de una determinada materia, que de esta forma constituirán un régimen general, uniforme y mínimo en dicha materia que las comunidades autónomas deben respetar –en ningún caso pueden ser modificadas ni derogadas por las leyes de las comunidades autónomas- y, en todo caso, pueden desarrollar.

Así, la STC de 20 de julio de 1984, en referencia a la normativa autonómica, determina que *«se lleva a cabo como desarrollo de las bases de la legislación estatal, por lo que los actos que en ejecución de esta competencia se realicen habrán de moverse siempre en el marco de las bases y dentro del espíritu de ellas»*.

El Tribunal Constitucional también, en reiterada jurisprudencia, ha venido matizando el concepto de bases o normas básicas bajo una concepción a la vez formal y material de las mismas, si bien otorgando un cierto predominio a la concepción material. Así, en su STC 69/1988, de 19 de abril, señala que *“tenemos una doctrina constitucional consolidada que, construida sobre el núcleo esencial del concepto material de la norma básica, se complementa con elementos formales dirigidos a garantizar una definición clara y precisa de los marcos básicos delimitadores de las competencias autonómicas.”*

El concepto material de lo “básico” viene representado por el hecho de que esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales en las normas (en el primer caso, concepto formal), son los que, en todo caso, se deducen racionalmente de la legislación vigente.

En definitiva y esencialmente, es el elemento material el que permite calificar a una norma como básica y, por su parte, el elemento formal debe acompañar a la norma materialmente considerada básica como un requisito esencial de seguridad jurídica.

Así pues, de todo ello puede deducirse que unas normas no son básicas por el mero hecho de estar contenidas en una ley y ser en ella calificadas como tales (lo cual nos situaría, como vimos, en una noción formal de bases) sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido (así, sentencias del TC de 28 de julio de 1981 y de 28 de enero de 1982). Es importante señalar a este respecto que, precisamente porque la noción de bases es una noción esencialmente material, a la definición de lo que sea básico pueden contribuir no sólo las leyes sino también las normas reglamentarias (STC de 28 de enero de 1982).

El Tribunal Constitucional ha definido la legislación básica como *"Regulación uniforme y de vigencia en toda la Nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada comunidad autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan"* (STC de 28 de enero de 1982).

Por tanto, a través de la normativa básica se garantiza la unidad e igualdad de condiciones entre los ciudadanos y las comunidades autónomas deben moverse dentro de esos límites en el ejercicio de sus competencias. Ello no obsta para que la normativa estatal básica pueda ser complementada por leyes y desarrollada por normas reglamentarias de las comunidades autónomas con competencias en la materia de que se trate, lo que da origen a una pluralidad de regulaciones autonómicas.

Es así también como la noción de norma básica, junto a la de norma de desarrollo, forman parte de los conceptos que la Constitución emplea para repartir funciones públicas entre el Estado y las comunidades autónomas en relación con una determinada materia.

### **3.2.- La atribución estatutaria de competencias y la cláusula de cierre del art. 149.3**

Como ya hemos dicho, las competencias de las comunidades autónomas vienen delimitadas en los respectivos estatutos de autonomía, en base al marco competencial definido en la Constitución. Según establece el art. 147.2 d) de la Carta Magna, son los estatutos de autonomía las normas llamadas a fijar *"las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución"*. En efecto, la distribución de competencias entre el Estado y

las comunidades autónomas aparece delimitada a través de un sistema de doble lista en el título VIII del texto constitucional (arts. 148 y 149).

Este esquema aparentemente simple se vuelve, sin embargo, complejo con la vigencia de una serie de reglas correctoras que completan el inicial sistema y que son las previstas en el art. 149.3 de la Constitución. De esta forma se podría decir que, en realidad, el sistema competencial sobre el que se articula el título VIII de la Constitución responde a un esquema de doble lista y cláusula de cierre, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de la existencia de un sistema de triple lista. Ha sido precisamente esta última, la cláusula de cierre, uno de los temas más debatidos en el ámbito constitucional debido a la problemática que encierra su interpretación.

El art. 149.3 de la Constitución contiene todo un sistema de regulación de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos estatal y autonómico, cuando señala en su apartado 3 que *"las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las comunidades autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos. La competencia sobre las materias que no hayan asumido los estatutos de autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán en caso de conflicto, sobre las de las comunidades autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las comunidades autónomas."*

En definitiva, este artículo contiene tres incisos que son, respectivamente, la cláusula residual o de cierre, la cláusula de prevalencia del derecho estatal y la cláusula de supletoriedad del derecho estatal.

Será de la primera de estas cláusulas, la llamada cláusula de cierre, de la que nos vamos a ocupar ahora.

Dicha cláusula presenta un doble alcance, por un lado, establece que las materias no atribuidas expresamente al Estado podrán corresponder a las comunidades autónomas, en virtud de lo previsto en sus estatutos. De esta forma, las competencias autonómicas no son todas las no reservadas expresamente al Estado, pues la cláusula no opera de modo

automático, sino sólo aquellas que, no estando reservadas al Estado, hayan sido expresamente asumidas por los respectivos estatutos de autonomía.

El sistema está basado así en el llamado "principio de disponibilidad", en virtud del cual son las comunidades autónomas las que deben manifestar su voluntad de aumentar sus cotas competenciales, bien sea a través de la reforma de su estatuto de autonomía, bien a través de una ley de transferencia o delegación del Estado.

El otro efecto que opera sobre el sistema de distribución competencial, la cláusula de cierre, es el de que la competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los estatutos de autonomía corresponderán al Estado, que de esta forma asume un ámbito material de competencias mayor que el previsto en el artículo 149.1 de la Constitución.

Sin embargo, tampoco en este caso la cláusula residual opera de manera absolutamente automática cuando se trate de cualquier materia competencial no prevista específicamente en los estatutos, ya que existen a este respecto criterios, fijados por el Tribunal Constitucional, que, modificando su premisa inicial, matizan dicha atribución.

En efecto, el Tribunal, en su Sentencia 123/1984, de 18 de diciembre, considera que dentro del ámbito de aplicación de la cláusula deben excluirse aquellos supuestos que, aunque la materia no estuviera incluida en las listas de los artículos 148.1 y 149.1, y aunque la misma no hubiera sido asumida expresamente en un estatuto de autonomía, pudiera considerarse competencia estatutaria por vía interpretativa, dentro de las competencias estatutarias ya asumidas.

La señalada sentencia se refería a las actividades instrumentales, de carácter técnico, vinculadas a títulos competenciales ya recogidos en los estatutos de autonomía y, concretamente, en este caso, se refería a la actividad cartográfica.

Este es el criterio interpretativo que se ha mantenido a través de pronunciamientos constitucionales posteriores, lo que supone, en la práctica, la posibilidad de dotar con un mayor contenido competencial a las comunidades autónomas.

JUAN JOSÉ GALLEGO FOUZ

REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## BIBLIOGRAFÍA

- Balaguer Callejón, Francisco (dir.): ***Reformas estatutarias y distribución de competencias***. Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 2007.
- Bello Janeiro, Domingo (dir.): ***Manual de dereito galego***. 2 v. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela 1996.
- Espín Templado, Eduardo (coord.): ***La Constitución de 1978 y las comunidades autónomas***. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003.
- García de Enterría, Eduardo: ***Estudios sobre autonomías territoriales***. Civitas, Madrid 1985.
- González – Trevijano, Pedro: ***El estado autonómico: principios, organización y competencias***. Universitas. Madrid 1998.
- Montilla Martos, José Antonio: ***Las leyes orgánicas de transferencia y delegación: configuración constitucional y práctica política***. Tecnos. Madrid 1998.
- Muñoz Machado, Santiago: ***Derecho público de las comunidades autónomas***. 2 v. Civitas, Madrid 1984.
- Salas Hernández, Javier: ***Estatutos de autonomía, leyes básicas y leyes de armonización***. Revista de Administración Pública núm. 100. 1983.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso: ***Principios de derecho administrativo, vol. I***. Colección Ceura. Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid 1981.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (coord.): ***Dereito público galego: curso de verán 1992***. Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela 1993.



- Ídem: ***Estudios de derecho autonómico***. Montecorvo. Madrid 1997.
- Tajadura Tejada, J. y Roura Gómez, S. A.: ***Código de derecho constitucional autonómico: Constitución, estatutos de autonomía y leyes orgánicas de transferencia y delegación***. Biblioteca Nueva. Madrid 2004.
- Varios autores.: ***El funcionamiento del Estado autonómico***. Ministerio de Administraciones públicas. Madrid 1999.
- Viver i Pi-Sunyer, Carles: ***Materias competenciales y Tribunal Constitucional: la delimitación de los ámbitos materiales de las competencias en la jurisprudencia constitucional***. Ariel. Barcelona 1989.
- VV.AA.: ***Autonomías y organización territorial del Estado: presente y perspectivas de futuro***. Abogacía del Estado. Madrid 2006.
- VV.AA.: ***El funcionamiento del Estado autonómico: I Curso sobre administraciones territoriales para personal directivo y superior***. INAP. Madrid 1996
- VV.AA.: ***O sistema político galego: as institucións***. Xerais. Vigo 1994.

## **TEMA 16**

# **LAS ADMINISTRACIONES LOCALES: LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE ADMINISTRACIÓN LOCAL**

## **TEMA 16. LAS ADMINISTRACIONES LOCALES: LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE ADMINISTRACIÓN LOCAL**

### **1. Las administraciones locales: la posición constitucional de municipios y provincias.**

1.1. Las administraciones locales en la Constitución: ámbito subjetivo.

1.2. La posición constitucional de municipios y provincias.

### **2. Distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre Administración local.**

2.1. Planteamiento general de la distribución de competencias.

2.2. El reparto de competencias en materia de régimen local.

2.2.1. Organización, procedimiento y régimen de recursos de la Administración local.

2.2.2. El principio constitucional de la autonomía local.

2.2.3. La Carta Europea de la autonomía local.

2.3. El reparto de competencias en materia de hacienda local

2.4. El reparto en materia de urbanismo y en la configuración del derecho de propiedad del suelo.

2.5. El reparto de competencias en materia de patrimonio de las entidades locales.

2.6. El reparto de competencias en otros sectores de actividad.

2.6.1 Medio ambiente.

2.6.2. Tráfico y de circulación de vehículos a motor.

2.6.3. Seguridad pública.

2.6.4. Educación.

2.6.5. Deporte.

## **1. Las administraciones locales: la posición constitucional de municipios y provincias.**

La exposición de este apartado exige hacer una primera referencia a los entes que integran la Administración local para, posteriormente, abordar la cuestión de fondo relativa a la posición constitucional de los municipios y las provincias. El régimen de los municipios y provincias es objeto de los temas 10 y 11, respectivamente, del bloque II de derecho autonómico y local.

### **1.1 Las administraciones locales en la Constitución: ámbito subjetivo.**

Las administraciones locales están integradas, desde el punto de vista subjetivo, por una pluralidad de entes que supera la dualidad municipios y provincias, como se expone a continuación.

La Constitución, en el artículo 137, establece que “el Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus intereses”. El artículo 141 dispone que en los archipiélagos canario y balear “las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos y Consejos”. Todos estos entes quedan garantizados por la Constitución frente al legislador ordinario, a quien corresponde regularlos.

Por otro lado, la Constitución prevé la posibilidad de que se creen agrupaciones de municipios diferentes de la provincia -artículo 141.3, en referencia a las comarcas y áreas metropolitanas-, o de que, mediante la agrupación de municipios limítrofes, los estatutos de las comunidades autónomas puedan establecer circunscripciones territoriales propias – artículo 152.3. La existencia de estas últimas entidades no está garantizada por la Constitución, a diferencia de lo que ocurre con las primeras.

De este modo, al establecer la tipología de los entes locales, se diferencian los entes constitucionalmente garantizados u obligatorios de los entes opcionales, que las comunidades autónomas pueden, potestativamente, crear. En este sentido se pronuncia la STC de 28 de julio de 1981.

Descendiendo a la normativa infraconstitucional, pero que integra el denominado por el

Tribunal Constitucional “bloque de constitucionalidad”, el desarrollo de los preceptos constitucionales citados se encuentra recogido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las base del régimen local (LBRL, en lo sucesivo) . Destacamos la importante reforma derivada de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

Esta norma, LBRL, enumera en su artículo 3 los siguientes tipos de entes locales:

“. Son entidades locales territoriales:

- a) El municipio.
- b) La provincia.
- c) La isla en los archipiélagos balear y canario.

2. Gozan, asimismo, de la condición de entidades locales:

- a) Las comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, instituidas por las comunidades autónomas de conformidad con esta ley y los correspondientes estatutos de autonomía.
- b) Las áreas metropolitanas.
- c) Las mancomunidades de municipios.”

Además, los entes locales (territoriales e institucionales) que integran la Administración local pueden crear, a su vez, otros de carácter instrumental —dotados de personalidad jurídica— para la gestión de los servicios públicos de su competencia en régimen de descentralización funcional (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles; estas últimas son personas jurídico-privadas).

Por último, el artículo 87 de la LRBRL, legitima a las entidades locales para constituir consorcios con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las administraciones públicas. Estos consorcios gozan de personalidad jurídica propia (artículo 110.2 TRRL), pero la ley ha remitido a los estatutos propios del consorcio para que en ellos se determine su naturaleza (como Administración local, estatal o autonómica), atendida la participación que en el mismo tengan los entes locales.

Los consorcios podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos locales, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las entidades locales españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia –artículo 87.2 Ley 7/85, añadido por Ley 57/2003.

Destacamos que tal artículo 87 quedará derogado a partir del 2-10-2016, con la entrada en vigor de la Ley 40/2015, del régimen jurídico del sector público.

## **1.2. La posición constitucional de municipios y provincias.**

En un primer acercamiento a la cuestión, y al hilo del artículo 137 de la Constitución, los municipios y las provincias forman parte de la organización territorial de Estado, garantizándose su autonomía para la gestión de sus intereses en el mismo precepto, a la par, podría decirse, que las comunidades autónomas. Sin embargo, debe añadirse inmediatamente que la autonomía de los municipios y provincias dista de la autonomía de las comunidades autónomas, aunque sólo sea por la potestad legislativa que esta últimas detentan y de la que carecen los municipios. Debe considerarse que, estando sometidos unos y otras a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (artículo 9.1 CE), y siendo las comunidades creadoras de leyes vinculantes, estas gozan de una autonomía que puede calificarse de política, frente a la autonomía administrativa de los municipios y provincias.

Es tradicional en la doctrina abordar la posición constitucional de municipios y provincias desde el análisis de los tres principios constitucionales que se recogen en el título VIII de la CE:

1. La autonomía de los municipios y provincias y la personalidad jurídica para la gestión de sus intereses.
2. El carácter representativo y democrático de los órganos de gobierno de las Corporaciones y
3. La suficiencia de las haciendas locales.

Como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 137 de la Constitución establece que: «El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan» y precisa, de forma inequívoca, que «todas estas

entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses». Esta solemne declaración de autonomía se reitera en otros preceptos del texto constitucional. En efecto, el artículo 140 de la Constitución «garantiza la autonomía de los municipios», estableciendo, además, que los mismos «gozarán de personalidad jurídica plena». Con sentido y alcance muy similares, el artículo 141 configura la provincia como una «entidad local con personalidad jurídica propia» y se atribuye su gobierno y administración autónoma a las diputaciones.

En tales preceptos constitucionales aparecen nítidamente perfilados los dos rasgos típicos que configuran una auténtica descentralización:

1. La existencia de intereses peculiares o específicos de los entes locales.
2. La gestión de tales intereses por órganos independientes y con personalidad jurídica propia. De esta suerte, queda plenamente reconocida en nuestro ordenamiento constitucional la autonomía municipal.

Ahora bien, el artículo 137 de la Constitución delimita el ámbito de estos poderes autónomos, circunscribiéndolos a la «gestión de sus respectivos intereses». Por tal razón es indispensable dotar a los entes locales de todas las competencias necesarias para satisfacer sus intereses respectivos: los del municipio o los de la provincia. Por el contrario, cuando se incida sobre intereses generales de la Nación, es incuestionable la posición de superioridad del Estado, como ha puntualizado nuestro Tribunal Constitucional.

Desde una óptica diferente, nuestra Constitución sanciona el carácter democrático y representativo de las corporaciones locales. En primer término, el artículo 140 dispone que «los concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto». Y más adelante puntualiza que los alcaldes serán elegidos por los concejales o por los vecinos. Aunque de forma menos explícita, el artículo 141.2 del texto constitucional también alude al carácter representativo de las diputaciones como órganos de gobierno y administración de las provincias.

Por último, la Constitución establece en su artículo 142 que «las Haciendas Locales deberán disponer de medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas» y que se nutrirán fundamentalmente de tributos

propios y de la participación en otros del Estado y de las comunidades autónomas. Huelga señalar que este trascendental principio de suficiencia financiera debe constituir la auténtica garantía para la existencia de una efectiva autonomía local.

## **2. Distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre Administración local.**

### **2.1. Planteamiento general del reparto de competencias.**

La Constitución no relaciona directamente las competencias que el Estado y las comunidades autónomas ejercen sobre la Administración local, sino que distribuye las competencias entre el Estado y las comunidades en los artículos 149 y 148, respectivamente. Del análisis combinado de ambos preceptos sí se deduce la distribución entre uno y otras en lo que atañe a la Administración local, distribución de la competencia legislativa, normalmente, que afecta a los distintos campos de actuación o sectores de actividad (de ahí la expresión “legislación sectorial”).

Pues bien, el repetido reparto de competencias se realiza en función de diferentes criterios. El enfoque que se dará será precisamente éste: se agruparán los sectores de actividad local en función de los diferentes criterios de reparto de las competencias (legislativas) estatal y autonómica. Este análisis, y esta realidad, conduce a una primera e importante conclusión en el régimen de aplicación de fuentes en la actividad municipal, que se traduce en que unas veces primará la normativa estatal y otras la autonómica, según el mencionado reparto constitucional de competencias. Se procede a exponer la distribución de competencias:

a) El primer grupo de competencias incluye todas aquellos sectores de la actividad administrativa en los que se reserva al Estado la competencia para dictar la legislación básica. La legislación básica establece el denominador común, homogéneo para todas las administraciones públicas, y las comunidades autónomas pueden dictar legislación de desarrollo. Pero tanto la legislación sectorial estatal como la autonómica deben establecer y respetar las competencias de las entidades locales para hacer efectiva su autonomía garantizada constitucionalmente, de acuerdo con las características de la actividad, la capacidad de gestión de la entidad local y los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos. Los sectores de actividad que



responden al esquema de legislación básica son el régimen jurídico de las administraciones públicas, el régimen estatutario de los funcionarios, legislación sobre contratos y concesiones administrativas, protección del medio ambiente, montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias, régimen minero y energético, régimen de prensa, radio, televisión y otros medios de comunicación social, sanidad interior y planificación general de la planificación económica.

b) Otro grupo de la actividad administrativa sectorial es el que está regido por el principio de reserva competencial plena y exclusiva al Estado. Se incluye en este apartado la legislación sobre el procedimiento administrativo común, haciendo hincapié en el último adjetivo, pues lo que se reserva es la regulación del procedimiento común, no de cualquier otro procedimiento específico por razón de la materia, que será regulado por la Administración competente; la legislación sobre responsabilidad de todas las administraciones públicas; legislación sobre expropiación forzosa, entre otras.

c) Puede agruparse otra serie de actividades administrativas que están sometidas a la competencia legislativa estatal o autonómica según el criterio de que el territorio donde se desarrollan trasciende o no el espacio geográfico de la comunidad. Se incluyen en este apartado las obras públicas de los ferrocarriles y carreteras; el transporte terrestre -pues el aéreo y el marítimo se reserva en exclusiva al Estado-; la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, instalaciones eléctricas y transporte de energía.

d) Otros sectores de actividad corresponden al Estado o a las comunidades según la finalidad de los mismos; por ejemplo, la competencia sobre puertos y aeropuertos corresponde al Estado, salvo los deportivos o que no desarrollen actividades comerciales; la pesca marítima al Estado y en aguas interiores a las comunidades.

A continuación se concreta el reparto de competencias en los sectores más destacados de la actividad administrativa.

## **2.2. El reparto de competencias en materia de régimen local.**

### **2.2.1. Organización, procedimiento y régimen de recursos de la Administración local.**

La expresión “régimen” o “régimen jurídico” se contiene en preceptos tales como el 149.1.18 de la CE “las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas” y titula precisamente la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LRBRL, en adelante), norma que trae su causa del precepto constitucional citado. Pues bien, el régimen local es precisamente el contenido de la Ley 7/85, lo que no impide que otra normativa, estatal o autonómica, pueda regular el régimen local, como se indicará en el lugar oportuno.

En este momento procede definir el “régimen local” o, con mayor precisión, el “régimen jurídico de la Administración local”, tarea que se aborda de la mano de las sentencias del Tribunal Constitucional 32/1981, de 28 de julio (F.J. 38), y de 5 de agosto de 1983. La definición negativa señalaría que régimen jurídico no se refiere a todo el derecho administrativo, al cual está sujeto la Administración pública. La configuración positiva del régimen local se describe como la regulación básica de la organización, el procedimiento y el régimen de recursos de la Administración local.

La legislación sectorial se refiere al resto de sectores o áreas de la actividad administrativa, por ejemplo, minas, montes, carreteras, aguas, urbanismo, contratación, función pública, por citar una pequeña muestra.

El artículo 149.1.18 reserva al Estado la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas. En virtud de este título competencial el Estado, entendiendo por tal las Cortes Generales, aprobó la Ley 7/85, reguladora de las bases del régimen local, con el contenido que acaba de exponerse.

La naturaleza o el concepto material de norma o legislación estatal básica se analiza en la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/1988, de 19 de abril, fundamentos 5º y 6º, conforme a la cual es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales, a partir del cual pueda cada comunidad autónoma, en

defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estima convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su estatuto.

Por otro lado, los contenidos básicos no pueden recogerse en cualquier instrumento normativo; debe ser precisamente a través de ley formal, pues sólo a través de ésta se alcanzará, con las garantías inherentes al procedimiento legislativo, una determinación cierta y estable de los ámbitos respectivos de ordenación de las materias en las que concurren y se articulan las competencias básicas estatales y las legislativas y reglamentarias autonómicas, doctrina que se proclama con la afirmación de que “las Cortes deberán establecer lo que haya de entenderse por básico” -fundamentos jurídicos 5º de la STC 32/1981 y 1º de la STC 1/1982-, lo cual expresa, de manera bien relevante, que la propia ley puede y debe declarar expresamente el alcance básico de la norma o, en su defecto, venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad, su vocación o pretensión de básica.

A estos conceptos material y formal responde la Ley de bases de régimen local, caracterizada por el legislador en el preámbulo de la misma como “norma institucional básica de los entes locales”, utilizando una expresión análoga a la empleada por el artículo 147.1 de la Constitución para definir los estatutos de autonomía: “serán la norma institucional básica de cada comunidad autónoma”, añade el preámbulo: “esa norma desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, función ordinamental que, al estarle reservada o, lo que es igual, vedada a cualquiera otra norma, presta a su posición en el ordenamiento en su conjunto una “vis” (fuerza) específica, no obstante su condición formal de ley ordinaria”.

### **2.2.2. El principio constitucional de la autonomía local.**

Si hasta aquí se ha analizado el reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia de régimen local, en los términos ya definidos para esta expresión, la propia Constitución limita dicho reparto blindando a las entidades locales con una autonomía que la legislación estatal y autonómica no pueden superar. Se analiza, en este momento, la autonomía de las entidades locales en la Constitución, como límite del reparto de competencias entre el Estado y las comunidades en esta materia.

La Constitución proclama que los municipios, las provincias y, en su caso, las islas, gozarán

de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses (artículos 140 y 141). No basta, sin embargo, una mera declaración -por solemne que sea- para institucionalizar la situación deseada, sino que el mandato constitucional precisa para su efectividad que se den una serie de requisitos o circunstancias. Cumplido el de la personificación, es decir, la atribución de personalidad jurídica plena a tales entes locales territoriales, la garantía de su proclamada autonomía ha de descansar, a nuestro entender, en tres pilares fundamentales:

- a) El primero, de carácter subjetivo, lo constituirá la independencia de los miembros de las corporaciones locales frente a cualquier otro poder, en lo que se refiere a su elección, mantenimiento en el cargo durante el período de mandato y forma de su ejercicio, pues si concejales, alcaldes, diputados provinciales y presidentes de diputación recibieran su mandato no del pueblo soberano, sino de los órganos del Estado o de la comunidad autónoma correspondiente, o pudieran ser desposeídos del mismo por dichos órganos centrales o autonómicos a su capricho, serían éstos en definitiva quienes verdaderamente controlarían la actuación de las respectivas corporaciones, bajo la latente amenaza del cese de aquellos de sus miembros que se opusiesen o desobedecieran.
- b) El segundo pilar o fundamento básico, de carácter material y objetivo, consiste en la clara determinación de las competencias del ente, toda vez que si éste pudiera llegar a ser desposeído de todas o la mayor parte de ellas por los de mayor ámbito territorial, cabría el riesgo de que llegara a quedar vacío de contenido, volatilizándose su pretendida autonomía.
- c) Y el último requisito, de tipo instrumental, radica en la suficiencia de los medios económicos necesarios para el cumplimiento de sus fines, pues la carencia o insuficiencia de tales medios -que ha sido el problema secular de la Administración local española, todavía no resuelto satisfactoriamente- limitaría en gran manera sus posibilidades de actuación, que de esta forma quedaría subordinada a los condicionamientos que determinaran imponerle los entes que hubieran de venir a suplir tales carencias (artículo 142 CE).

El tema de la autonomía local ha sido planteado por una obra de Luciano Parejo Alfonso, en el marco de lo que se denomina garantía institucional de la autonomía local. Se parte

de la teoría general de las garantías institucionales elaborada por los juristas alemanes y, en especial, Carl Schmitt.

Esta doctrina es fruto de un proceso de interpretación constitucional, cuyas fases son la identificación dentro de la norma fundamental de unas estructuras específicas y la asignación a sujetos o instituciones de determinadas funciones y papeles en el sistema total de la Constitución, de forma que la supresión o vaciamiento de estas instituciones estaría vedada al legislador ordinario.

Para el autor, la garantía institucional de la autonomía local viene expresada en el artículo 137 de la Constitución, y su contenido nuclear-indisponible por el legislador ordinario es el siguiente:

a) La permanencia de la institución del autogobierno local como principio constructivo del ordenamiento infraconstitucional local, que exige:

- La organización territorial del Estado sobre la base de las entidades municipales y provinciales como instancias territoriales administrativas inferiores.
- La atribución del gobierno y administración de esas entidades a los ayuntamientos, caso de los municipios y a las diputaciones, cabildos y consejos u otras corporaciones, caso de las provincias e islas.

b) El respeto por parte del ordenamiento infraconstitucional local (Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local y leyes de desarrollo del régimen local aprobadas por las comunidades autónomas) del contenido esencial otorgado por la Constitución a la institución de la autonomía local, que reconduce a la consideración de los entes locales como poderes públicos administrativos y administraciones públicas dotadas de las potestades reglamentarias, de autoorganización de personal y financiera y tributaria.

c) La necesaria atribución a los entes locales de competencias administrativas en cuantas materias tengan incidencia en los intereses municipales y provinciales.

Por último, el Tribunal Constitucional ha sentado doctrina sobre la materia en sentencias como la de 2 de febrero de 1981, en la que se perfilan algunos rasgos de la autonomía local.

-Partiendo de la concepción del Estado como «organización compleja» que refleja el

título VIII de la Constitución, la autonomía sería «un principio general de la organización del Estado» , como todos los principios generales del derecho incluidos en la Constitución.

-«La autonomía hace referencia a un poder limitado... autonomía no es soberanía... y dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, en ningún caso el principio de autonomía puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de éste donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el artículo 2 de la Constitución».

-Las comunidades autónomas serían entidades dotadas de una autonomía «cualitativamente superior a la administrativa», propia de las entidades locales territoriales.

-La Constitución, en el artículo 137, circunscribe el principio a la gestión de sus respectivos intereses, «lo que exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el respectivo interés».

-«Ahora bien, concretar este interés en relación a cada materia no es fácil y, en ocasiones, sólo puede llegarse a distribuir la competencia sobre la misma en función del interés predominante, pero sin que ello signifique un interés exclusivo que justifique una competencia exclusiva en el orden decisorio». Con otras palabras, no habrá, en muchas ocasiones, competencias exclusivas decisorias porque tampoco los intereses serán exclusivos, sino concurrentes o compartidos, más o menos prevalentes, según las circunstancias del caso concreto.

-“En fin, será la ley la que concrete «el principio de autonomía de cada tipo de ente, de acuerdo con la Constitución».

-Como consecuencia del principio de unidad y de la supremacía del interés general, la Constitución contempla la necesidad de que «el Estado quede colocado en una posición de superioridad», tanto en relación con las comunidades autónomas (artículos 150.3, y 155 entre otros, de la Constitución) como con los entes locales (artículos 148.1.2.º; 149.1.18).

-«Posición de superioridad que permite afirmar... que el principio de autonomía es

compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de la competencia»; control de legalidad que puede ejercerse, respecto de municipios y provincias, tanto por la Administración del Estado como por las comunidades autónomas. Ahora bien, la autonomía quedaría afectada si la decisión correspondiente a la gestión de los respectivos intereses «fuera objeto de un control de oportunidad» (salvo excepción fundada en el interés general).

-La autonomía «no se garantiza por la Constitución -como es obvio- para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la Nación o en otros intereses generales distintos de los propios de la entidad, por lo que en estos supuestos la potestad del Estado no se puede declarar contraria a la Constitución, máxime cuando este principio de limitación de la autonomía se refleja de forma expresa en la propia Constitución -artículo 155- en relación a las comunidades autónomas».

-La Constitución no garantiza la autonomía económico-financiera en el sentido de disponer de medios propios, sino que dispone que estos medios han de ser suficientes, pero no en su totalidad propios. Ha de aplicarse el principio constitucional de defensa del patrimonio del Estado y demás entes públicos frente a sus administradores. Son posibles en esta materia los controles de oportunidad siempre que sean proporcionados para la defensa, como en supuestos de actos de disposición.

Y para finalizar estas referencias al principio constitucional de autonomía local, tal y como viene configurado en la interesante Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981, una mención al número 10 de los fundamentos jurídicos, en relación con los artículos 94.1 y 96 de la Ley de régimen local, que se refieren al régimen especial de la Carta, orgánico y económico.

El Tribunal Constitucional entiende que «la aprobación de la Carta por el Gobierno no puede considerarse opuesta a la Constitución, ya que la autonomía garantizada para la gestión de los respectivos intereses no parece que tenga que comprender el poder dotarse de un gobierno y administración o de un régimen económico distinto del previsto con carácter general por la ley, sin control alguno».

### **2.2.3. Referencia a la Carta Europea de Autonomía Local.**

La distribución constitucional de competencias en materia de régimen local, y el límite o “garantía” constitucional impuesto por el principio de la autonomía local, quedaría incompleta sin hacer una referencia, aunque fuera breve, a la Carta Europea de Autonomía Local. La Carta es un convenio internacional singular, el único que incide de forma inmediata sobre la organización de un nivel territorial de poder dentro de los estados signatarios, con una transcendencia jurídica y política creciente, fruto de su decidida vocación de convertirse en la verdadera «Constitución de la autonomía local en el continente europeo».

El germen originario de la Carta Europea de Autonomía Local se encuentra en la creación, el 27 de septiembre de 1952, de una Comisión de Asuntos Municipales y Regionales, que fructifica definitivamente con la apertura del Convenio a la firma de los estados miembros el día 15 de octubre de 1985 en Estrasburgo, dentro del contexto de la actuación del Consejo de Europa, en su intento de «realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen el patrimonio común y favorecer su progreso económico y social», identificando Europa con municipio y con democracia.

Tiene la condición y rango de ley estatal en atención al criterio del artículo 96 de la Constitución, y como tal ley estatal se integra junto con la Ley 7/1985, de 2 de abril, en el bloque de legalidad estatal constitutiva de la denominada “normativa de cabecera” del ordenamiento interno local, asegurando y concretando, en todo el territorio estatal, un mínimo común de la autonomía que la Constitución, como se ha visto, garantiza a las entidades locales.

Aunque España ha ratificado la Carta casi en su totalidad, efectúa una única reserva: no se considera vinculada por el artículo 3.2º de la Carta, en la medida en que el sistema de elección directa en ella previsto haya de ser puesto en práctica en la totalidad de las colectividades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la misma. Esta previsión se dirige especialmente a salvaguardar el tradicional sistema de elección indirecta de los miembros electivos de las diputaciones de régimen común.

La Carta se articula en torno a un preámbulo y 17 artículos que se integran en 3 partes.



El preámbulo presenta especial interés, ya que se establece una nítida conexión entre la autonomía local y la noción de legitimidad democrática. Se declara expresamente que: «las entidades locales son uno de los principales fundamentos de un régimen democrático», cuyos principios son comunes a todos los Estados miembros de Europa, siendo una de sus manifestaciones, precisamente, el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos, derecho que en el nivel local «puede ser ejercido más directamente» mediante entidades locales investidas de competencias efectivas que permiten «una administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano».

Esta declaración está íntimamente conectada, por una parte, con el derecho reconocido en el artículo 23.1º de la Constitución y su reflejo en los artículos 140 y 141 del mismo texto, pero, además, con los criterios delimitadores de competencias que enuncia el artículo 2 de la Ley 7/1985, de bases del régimen local. Otro de los principios esenciales de la Carta es el principio de subsidiariedad o, si se prefiere, de proximidad. Y es que la democracia para ser efectiva y no puramente nominal requiere proyectarse sobre un ámbito importante de políticas que deben acercarse a los ciudadanos por medio del principio de subsidiariedad.

La parte primera de la Carta, integrada por 11 artículos, aborda el fundamento constitucional de la autonomía local, su concepto y alcance, la protección de los límites territoriales de las entidades locales, la adecuación de sus estructuras y medios administrativos a sus cometidos, las condiciones del ejercicio de las responsabilidades a nivel local, el control administrativo de los actos de las entidades locales, sus recursos financieros, el derecho de asociación de las entidades locales y la protección legal de la autonomía local. Más concretamente:

El artículo 2, aborda el fundamento constitucional y legal de la autonomía local, exigiendo que dicho principio esté reconocido en la legislación interna y, a ser posible, en la Constitución.

El artículo 3.1º define la Autonomía local como el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de ley, bajo su responsabilidad y en beneficio de sus habitantes. Su párrafo 2º consagra el principio democrático de la autonomía local y señala que “este derecho se ejerce por asambleas o consejos integrados por miembros elegidos por sufragio libre,

secreto, igual, directo y universal y que pueden disponer de órganos ejecutivos responsables ante ellos mismos. Esta disposición no causará perjuicio al recurso a las asambleas de vecinos, al referéndum o a cualquier otra forma de participación directa de los ciudadanos, allí donde esté permitido por la ley”.

El artículo 4 se dedica al alcance de la autonomía local, consagrando el principio de subsidiariedad o de proximidad.

El artículo 9 de la Carta está dirigido a los recursos financieros de las entidades locales y en él, entre otros extremos, se recogen los principios de suficiencia y de autonomía financiera. Por lo que se refiere al primero, señala el derecho de estas entidades a tener recursos propios suficientes que, además, deben ser proporcionales a las competencias previstas por la Constitución o por la ley. Plasma, además, un principio de autonomía financiera que se manifiesta tanto en la vertiente de los gastos como de los ingresos, y consagra el carácter predominantemente no finalista de las subvenciones que perciban de otras administraciones.

Finalmente, el artículo 11 se dirige a la protección legal de la autonomía local y dispone que «las entidades locales deben disponer de una vía de recurso jurisdiccional a fin de asegurar el libre ejercicio de sus competencias y el respeto a los principios de autonomía local consagrados en la Constitución o en la legislación». Es, por tanto, una previsión esencial ya que el reconocimiento formal de la autonomía local en el ordenamiento jurídico de nada serviría si no fuese acompañada de una vía jurisdiccional para protegerla y defender su ámbito competencial frente a otras instancias superiores.

La parte segunda, artículos 12 a 14, se refiere a los compromisos de los signatarios en orden a su aplicación y comunicación de informaciones al respecto a la Secretaría General del Consejo de Europa.

La parte tercera, artículos 15 a 17, contiene estipulaciones sobre forma, ratificación, entrada en vigor, modificación de los territorios, denuncia y notificación de estos actos a la Secretaría General de la Organización.

### **2.3. El reparto de competencias en materia de hacienda local**

Se entiende por hacienda local el régimen presupuestario y de recursos financieros de las

entidades locales. El título VIII TRRL refundió las disposiciones vigentes en la materia, contenidas, entre otras, en el Decreto 3250/1976. Posteriormente fue derogado por la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, y esta última por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de haciendas locales (TRLHL, en lo sucesivo).

Interesa destacar los títulos que habilitan al Estado para dictar esta norma, concretamente, si la atribución competencial es exclusiva o básica, pues de ello dependerá el espacio normativo autonómico. Al amparo del artículo 1.1 de la citada ley, en la interpretación dada por la STC 233/99, de 13 de diciembre (FJ 4º) los títulos son los siguientes:

- Respecto del sistema tributario local y a la participación en los tributos del Estado, el título es el del artículo 149.1.14, referido a la «Hacienda general», que tiene el carácter de legislación reservada en exclusiva al Estado.
- El resto de los preceptos tiene el carácter de bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, al amparo del artículo 149.1.18 CE.

El FJ 4 de la STC citada dice: «El artículo 1.1 LHL, a pesar de su farragoso tenor, es plenamente conforme a la CE, pues... atribuye, con carácter general, «la consideración de bases del Régimen jurídico financiero de la Administración local, dictadas al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, [a] los preceptos contenidos en la ley», con las salvedades que se realizan a continuación, «todo ello sin perjuicio de las competencias exclusivas que corresponden al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.14 de la Constitución». Así, las salvedades mencionadas, que afectan a los preceptos «que regulan el sistema tributario local», los cuales se entienden dictados, según el tenor de la norma, en virtud de lo dispuesto en los artículos 133 CE y 5 E) a) de la Ley 7/1985, y «los que desarrollan las participaciones en los tributos del Estado», con base en el artículo 142 CE, en nada modifican el régimen de distribución competencial al que acabamos de hacer referencia, al no establecer títulos competenciales distintos de los dos anteriormente mencionados. En efecto, los artículos 133 y 142 CE no constituyen en sí mismos título competencial alguno a favor del Estado, sino que presuponen la competencia estatal sobre la materia en virtud de los títulos del artículo 149.1 CE reseñados. Igualmente, ninguna

relevancia posee tampoco la mención que el artículo 1.1 LHL hace del artículo 5 E) a) de la Ley 7/1985, declarado inconstitucional por la STC 214/1989".

Por lo tanto, las comunidades autónomas con competencia para ello podrán desarrollar los preceptos que tengan el carácter de básicos y, en materia tributaria, sólo podrán desarrollar las facultades que la propia Ley de haciendas locales les atribuye.

## **2.4. El reparto en materia de urbanismo y en la configuración del derecho de propiedad del suelo**

El reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas ha sido tremendamente conflictivo en sede del Tribunal Constitucional, por la tangencialidad de los títulos competenciales de uno y otras. Así, mientras la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda es una competencia prevista en exclusiva para las comunidades autónomas en el artículo 148.1.3 CE, al Estado le corresponde regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1) y la legislación civil (149.1.8).

En el artículo 25.2.a) LBRL se recoge que el municipio ejercerá, en todo caso, como competencias propias en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, 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.*

Por lo tanto, si bien se reserva al Estado la competencia para regular el derecho de propiedad, el urbanismo, competencia de las comunidades autónomas, regula el derecho de la propiedad del suelo, y los municipios aprueban sus propios planes de ordenación urbana, con sujeción a la normativa estatal y autonómica, configurando definitivamente el derecho de la propiedad del suelo en su término municipal.

El hito en la correcta interpretación de este reparto de competencias lo marca la STC 61/97, de 20 de marzo, que declaró la inconstitucionalidad de numerosos preceptos del Texto refundido de la Ley del suelo de 1992, sobre el fundamento de que la materia de

urbanismo es competencia de las comunidades autónomas, dejando al Estado la regulación de las «condiciones básicas» que garanticen el principio de igualdad. Y, esencialmente, con ella se han reforzado, sin duda alguna, las competencias legislativas de las comunidades autónomas en esta materia, habiendo empezado a aparecer numerosas leyes autonómicas que tratan de regular lo que antes competía al Estado, para evitar vacíos normativos pero, en ocasiones, de forma precipitada, genérica y sin tener en cuenta las peculiaridades territoriales que exigen normativa adecuada.

Para entender el vigente régimen del derecho de la propiedad del suelo y su relación con el urbanismo, es preciso exponer los siguientes antecedentes normativos:

En primer lugar, la Ley del suelo de 1956, que fue la primera norma que atribuyó al propietario privado del suelo en nuestro país una situación estatutaria, es decir, que ostenta los derechos y deberes que le reconoce el ordenamiento jurídico en cada momento, limitado por la función social del derecho de propiedad, lejos, por tanto, del poder absoluto que confería el derecho romano al derecho de propiedad.

Esta ley fue derogada por la Ley de 1975 y el texto refundido de la Ley del suelo de 1976, también con un planteamiento estatuario del derecho de propiedad del suelo. En 1978 entra en vigor la Constitución española, que hace un reparto de la competencia legislativa entre el Estado y las comunidades autónomas, de forma que el urbanismo se atribuya a las recién nacidas comunidades autónomas.

El desarrollo legislativo por las CCAA es reducido en materia urbanística, no así el del Estado, que aprueba la Ley 8/1990, que modifica profundamente el TRLS 1976 y autoriza al Gobierno para que apruebe un texto refundido de las normas vigentes, lo que da origen al Real decreto legislativo 1/1992, de 26 de junio.

Varias CCAA interponen recurso de inconstitucionalidad contra estas normas, el cual se zanja con la importante y compleja Sentencia 61/1997, de 20 de marzo, que declara la inconstitucionalidad de las dos terceras partes del Real decreto legislativo 1/1992 por entender que su contenido, de naturaleza estrictamente urbanística, está vetado al Estado (por el título competencial del artículo 148.3 CE. que reserva tal competencia a las comunidades autónomas), ni siquiera a título de legislación supletoria para las numerosas CCAA que no habían ejercido su iniciativa legislativa en la materia.

Declara vigentes aquellos preceptos que se refieren al estatuto básico de la propiedad urbana, competencia reservada al Estado en virtud del artículo 149.1.1 y 18. Dicho estatuto comprende:

- Derechos y deberes de los propietarios de cada tipo de suelo.
- Régimen de valoraciones.
- Expropiación forzosa derivada de la actividad urbanística
- Responsabilidad patrimonial derivada de la actividad urbanizadora.

Tras este fallo del Tribunal Constitucional, las CCAA se ven obligadas a legislar sus propias leyes urbanísticas y el Estado aprueba la Ley 6/1998, de 13 de abril, Ley estatal del suelo, de menos de 50 artículos, constreñidos a sus títulos competenciales, y de tinte liberalizador, al intentar sacar la mayor parte del suelo al mercado para abaratar su precio.

Posteriormente, esta norma es derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, proceso que se completa con el vigente texto refundido de esta norma y los preceptos que quedaron vigentes del TRLS 1/1992: el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio. Es el modelo actualmente vigente, de tinte más intervencionista por cuanto trata de proteger el suelo por ser un recurso escaso y no sustituible, favoreciendo un desarrollo más sostenible en el que se apuesta por un modelo de ciudad compacta. Además, trata de estirar algunos títulos competenciales estatales indirectos olvidados por la STC 61/1997, lo cual ha motivado la interposición de diversos recursos de inconstitucionalidad por algunas CCAA, los cuales están pendientes de resolver.

De esta forma, la prelación normativa del régimen del derecho de propiedad surge del siguiente orden:

1º Texto refundido de la Ley del suelo estatal, Real decreto legislativo 2/2008

2º Ley propia de cada comunidad autónoma y reglamentos de desarrollo.

3º Normativa supletoria: TRLS 1976 y sus reglamento de 1978 (149.3 CE).

Los hechos descritos se condensan en el artículo 7 del Real decreto legislativo 2/2008, titulado "Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo", en los siguientes términos:

“1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada, en todo caso, al cumplimiento de los deberes y al levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística”.

## **2.5 El reparto en materia del patrimonio de las entidades locales.**

El patrimonio de las entidades locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenecen.

El artículo 149.1 de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) “número 18: Las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas” y “número 23: La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias”.

Por su parte, el artículo 148.1 CE permite que las comunidades autónomas asuman competencias, vía estatutos, en materia de montes y aprovechamientos forestales (nº 8), además de ampliar sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149, transcurridos 5 años desde su constitución. En todo caso, se aplicará el derecho estatal de conformidad con el artículo 149.3 CE.

Pues bien, al amparo de los anteriores títulos competenciales, el reparto de la “tarta legislativa” ha quedado, de hecho, como sigue:

La legislación básica del Estado en materia de régimen local es la aprobada por la Ley 7/1985, de 2 de abril. La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas, contiene, a su vez, preceptos básicos dictados al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución y preceptos de aplicación general, al amparo de los títulos competenciales previstos en los apartados 6º, 8º, 17º y 18 del citado artículo 149.1 de la Constitución –DF 2ª. El TRRL recoge la materia en los artículos 74 a 87, “infiiriéndose



el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas” (disposición final séptima TRRL).

Dado que la aprobación de la Ley 33/2003 es posterior a las otras normas locales, y teniendo en cuenta el carácter básico o general de algunos de sus preceptos, que suponen la aplicación de la misma a las entidades locales –artículo 2, ámbito de aplicación-, y la definición del objeto que la misma ley predica de sí misma en el artículo primero “establecer las bases del régimen patrimonial de las administraciones públicas y regular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 132 de la Constitución, la administración, defensa y conservación del patrimonio del Estado”, deben aplicarse preferentemente dichos artículos a la hora definir el régimen jurídico de los bienes de las entidades locales.

El Real decreto 1373/2009, de 28 agosto, ha aprobado el Reglamento de Ley del patrimonio de las administraciones públicas 2003, siendo de aplicación en el ámbito del régimen jurídico patrimonial de la Administración general del Estado y de sus organismos públicos, excepto los que se dictan al amparo de la competencia estatal en materia de derecho civil, que son de aplicación general: los artículos 14, apartado 1, 49 y 53, referidos al contenido y requisitos de la certificación administrativa para la inscripción de un bien o la cancelación o rectificación de una inscripción en el Registro de la propiedad; y los que son normativa básica: el artículo 46.1 sobre los deberes de inscripción y depuración de los bienes inmuebles y derechos inscritos en el Registro de la Propiedad; artículo 48, que regula los casos en que procede la regularización catastral, y el 68, apartado 2, sobre el ejercicio de la recuperación de la posesión (en desarrollo de los artículos 36.1 y 55 LPAP).

Pues bien, con respecto a la normativa estatal básica o plena, las comunidades autónomas pueden regular el patrimonio de las entidades locales.

## **2.6. Reparto de competencias en otros sectores de actividad.**

Sin ánimo de agotar todos los sectores de la actividad administrativa de las entidades locales, se tratan a continuación algunos de los más representativos de la actividad local.

### **2.6.1. Medioambiente.**

El artículo 149.1.23 reserva al Estado la legislación básica sobre protección del medio



ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Y el artículo 148.1.9 reserva a las comunidades autónomas la gestión en materia de protección del medio ambiente, título que debe ponerse en relación con el ya analizado de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (148.1.3).

El artículo 25.2 LBRL recoge

*El municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias:*

*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.*

### **2.6.2. Tráfico y de circulación de vehículos a motor**

La competencia exclusiva se otorga al Estado, en materia de tráfico y de circulación de vehículos a motor, en el artículo 149.1.21 de la Constitución.

El artículo 25.2. g) de la LBRL 7/1985 dispone que el municipio ejercerá, en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en las siguientes materias: tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.

### **2.6.3 Seguridad pública.**

Se reserva al Estado la competencia exclusiva en seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las comunidades autónomas en la forma que se establezca en los respectivos estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica. (artículo 149.1.29 CE); y la defensa y las Fuerzas Armadas (149.1.4). Esta reserva se ha materializado en la Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de cuerpos y fuerzas de seguridad y Ley orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana.

Se reserva a las comunidades autónomas la competencia para la vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las

policías locales en los términos que establezca una ley orgánica (artículo 148.1.22 CE). Algunas comunidades autónomas han creado sus policías autonómicas y han aprobado leyes de coordinación con las policías locales.

La LBRL 7/1985 dispone que los municipios tienen, como competencia propia, la policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.

#### **2.6.4. Educación**

La educación es un derecho fundamental garantizado constitucionalmente, por lo que las condiciones esenciales del mismo están reservadas a ley orgánica (artículos 27.1, 53 y 81 CE), exigencia que se ha materializado con la Ley orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE).

El reparto de competencias se contiene en el artículo 149.1.3 para el Estado, que le reserva la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

Para las comunidades autónomas, el artículo 148.1.17 reserva el fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la comunidad autónoma.

No obstante lo anterior, la mayoría de las competencias en materia de educación están transferidas a las comunidades autónomas por Ley orgánica de transferencia de competencias (artículo 155 CE).

La Ley 7/1985, artículo 25.2, recoge como competencia propia municipal, 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.

#### **2.6.5. Deporte.**

Se reserva a las comunidades autónomas en el artículo 149.1.19 la competencia exclusiva para la promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio. No hay una reserva

similar para el Estado, pero se le reconoce para ciertos aspectos del deporte en otros títulos transversales (planificación, igualdad etc.), lo que se plasma en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del deporte.

La LBRL 7/1985 dispone que los municipios ejerzan competencias propias en promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.

**VICENTE CALVO DEL CASTILLO**

INTERVENTOR-TESORERO Y SECRETARIO-INTERVENTOR DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA**

CASAS BAAMONDE, M. E., y RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (Dir), Comentarios a la Constitución Española, Fundación Wolters Kluwer, (Las Rozas) Madrid, 2008.

MUÑOZ MACHADO, S. (Dir), Tratado de Derecho Municipal, Iustel, Madrid, 2011.

PAREJO ALFONSO, L., Garantía Institucional y Autonomías locales, Madrid, I.E.A.L., 1981.

RIVERO YSERN, J. L. Manual de Derecho Local, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2010.

AA VV, Nuevo Régimen Local, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2010.

VICENTE CALVO DEL CASTILLO, Administración local, 2 volúmenes, editorial ENEGA

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO (en colaboración) Temas de Derecho Constitucional, Editorial Aranzadi, 2000

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN (en colaboración), Derecho Constitucional, 2 volúmenes, editorial Tecnos

## **TEMA 17**

**CONFLICTOS CONSTITUCIONALES,  
CONFLICTOS DEL ESTADO CON LAS  
COMUNIDADES AUTÓNOMAS O DE ESTAS  
ENTRE SÍ. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES  
ENTRE ÓRGANOS DEL ESTADO. CONFLICTOS  
EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL.  
IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIONES Y  
RESOLUCIONES DE LAS COMUNIDADES  
AUTÓNOMAS.**

## **TEMA 17. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES, CONFLICTOS DEL ESTADO CON LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS O DE ÉSTAS ENTRE SÍ. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES ENTRE ÓRGANOS DEL ESTADO. CONFLICTOS EN DEFENSA DE LA AUTONOMÍA LOCAL. IMPUGNACIÓN DE DISPOSICIONES Y RESOLUCIONES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**

### **Conflictos constitucionales.**

La Constitución española, en el artículo 161, regula la competencia del Tribunal Constitucional para conocer *“de los conflictos de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas o de los de éstas entre sí”*.

Este precepto se complementa con lo previsto en el artículo 59 de la LOTC, en el que se indica que:

*“1. El Tribunal Constitucional entenderá de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución, los estatutos de autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las comunidades autónomas y que opongan:*

*a) Al Estado con una o más comunidades autónomas.*

*b) A dos o más comunidades autónomas entre sí.*

*c) Al Gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí.*

*2. El Tribunal Constitucional entenderá también de los conflictos en defensa de la autonomía local que planteen los municipios y provincias frente al Estado o a una comunidad autónoma.*

Como se puede apreciar, la LOTC regula, en sus letras a y b del apartado 1 del precepto citado, los conflictos de competencias expresamente contemplados en el artículo 161.1 c). Los previstos en la letra c del apartado 1 y en el apartado 2 no aparecen previstos en la Constitución, por lo que la LOTC los desarrolla de acuerdo con la previsión que se contiene

el artículo 161 d) de la CE, en virtud del cual, el Tribunal Constitucional tiene competencias para conocer de *“las demás materias que le atribuyan la Constitución y las leyes orgánicas”*.

El llamado conflicto en defensa de la autonomía local que se regula en el apartado 2 del artículo 59 de la LOTC fue introducido por el artículo único.4 de la Ley orgánica 7/1999, de 21 abril.

### **Conflictos del Estado con las comunidades autónomas o de éstas entre sí.**

#### **I) Reglas generales.**

Esta materia aparece regulada en el capítulo II del título IV de la LOTC, regulación que comprende todos los conflictos que pueden suscitarse entre el Estado y las comunidades autónomas o de éstas entre sí.

La LOTC distingue entre los conflictos positivos y negativos, siendo los primeros aquellos en los que las entidades correspondientes pretenden atribuirse el ejercicio de la competencia y los negativos los que se suscitan a instancia de una parte legitimada o de los particulares, cuando las dos instituciones u órganos implicados declinan el conocimiento de la competencia.

También hay, como veremos, ciertas peculiaridades en cuanto al régimen jurídico, cuando el conflicto lo plantea el Estado.

La LOTC regula de forma conjunta tanto la legitimación como el objeto de estos recursos.

#### **A) Legitimación.**

Respecto a la legitimación al artículo 60 establece que:

*“Los conflictos de competencia que opongan al Estado con una comunidad autónoma o a éstas entre sí podrán ser suscitados por el Gobierno o por los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades autónomas, en la forma que determinan los artículos siguientes. Los conflictos negativos podrán ser instados también por las personas físicas o jurídicas interesadas.”*

## B) Objeto.

El artículo 61 establece el objeto de los conflictos, previendo dos supuestos, al disponer que *“pueden dar lugar al planteamiento de los conflictos de competencia:*

*Las disposiciones, resoluciones y actos emanados de los órganos del Estado o de los órganos de las comunidades autónomas”* (conflicto positivo).

*“O la omisión de tales disposiciones, resoluciones o actos”* (conflicto negativo).

El objeto que la ley señala suscita el problema del deslinde de estos procedimientos respecto a posibles recursos contencioso-administrativos en que también se impugnen actos o disposiciones. No hay ninguna duda de que los actos, disposiciones o resoluciones pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa invocando cualquier vicio de legalidad o cualquier infracción del ordenamiento jurídico. Es, una vez más, el artículo 59 de la LOTC, el que nos señala cuando el conflicto se puede suscitar ante el Tribunal Constitucional: cuando nos hallemos ante una disputa acerca de la competencia atribuida por la Constitución o por una ley. En este sentido, la STC 88/1989, de 11 de mayo, ha declarado que:

*“El conflicto positivo de competencia es un proceso constitucional singular y específico del que debe conocer este tribunal en exclusiva, para dirimir la titularidad de las competencias que dos entes pretenden poseer uno frente a otro, por lo que su especial naturaleza lo hace ajeno a la equiparación con el proceso contencioso-administrativo (...) en la determinación de los actos recurridos en el mismo, que tienen otras finalidades distintas»* -STC 143/1985, de 24 de octubre, fundamento jurídico 6.º (RTC 1985\143)-.

*La identidad del conflicto positivo de competencia radica en la existencia entre dos entes, Estado y comunidad autónoma o comunidades autónomas entre sí, de una controversia planteada, con motivo de una disposición, resolución o acto, en relación con la titularidad de competencias «asignadas directamente por la Constitución, los estatutos de autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las comunidades autónomas» (art. 59 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional), objeto procesal al que, como ya señalamos en la STC 1/1986, de 10 de enero,*

*fundamento jurídico 1.º (RTC 1986\1), se adecúa la sentencia que pronuncia el Tribunal, en la que, como contenido necesario, se declarará «la titularidad de la competencia controvertida» (art. 66 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional)”*

También se regulan, con carácter general, los efectos que produce el planteamiento del conflicto tanto desde un punto de vista procedimental como sustantivo, para el supuesto de que esa misma cuestión esté suscitada ante otro tribunal, pensándose en la posibilidad de que puedan existir conflictos constitucionales y recursos contencioso-administrativos sobre la misma materia.

Sobre tal particular los apartados 2 y 3 del artículo 61 establecen:

- *"Cuando se plantease un conflicto de los mencionados en el artículo anterior con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier tribunal, éste suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional."*
- *"La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos."*

Veamos a continuación la regulación que contiene la ley en cuanto a los dos tipos de conflictos, los positivos y los negativos.

## II.- Conflictos positivos.

### A) Naturaleza.

Respecto a la naturaleza de este procedimiento, el Tribunal Constitucional ha destacado que se trata de una modalidad de control preventivo que tiene por finalidad *"prevenir posibles interpretaciones contrarias a la Constitución por parte de quienes están llamados a aplicar disposiciones delimitadoras de competencias."* (STC 13/1998).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2007, de 1 de marzo, concreta este supuesto desde dos puntos de vista:

- *"Respecto al objeto procesal de los conflictos constitucionales de competencia entre*



entes, que en este tipo de procesos no resulta indispensable que el ente que los formaliza recabe para sí la competencia ejercida por otro; basta que entienda que una disposición, resolución o acto emanados de ese otro ente no respeta el orden de competencias establecido en el bloque de la constitucionalidad y, en el caso de las comunidades autónomas, además, que tal disposición, resolución o acto afecte a su ámbito de autonomía condicionando o configurando sus competencias de forma que juzga contraria a este orden competencial (entre otras, SSTC 11/1984 [RTC 1984, 11], 1/1986 [RTC 1986, 1], 104/1988 [RTC 1988, 104], 115/1991 [RTC 1991, 115] y 235/1991 [RTC 1991, 235]). Así pues, en el ámbito procesal propio de los conflictos constitucionales de competencia cabe, **no sólo la reivindicación de la titularidad del acto controvertido, sino también la denuncia de los excesos en el ejercicio de una competencia ajena siempre que ese exceso vulnere el sistema de distribución de competencias diseñado en el bloque de la constitucionalidad**. No obstante, según ha precisado este Tribunal Constitucional en resoluciones posteriores (entre otras, STC 88/1989 [RTC 1989, 88], AATC 886/1988 [RTC 1988, 886 AUTO], 142/1989 [RTC 1989, 142 AUTO] y 357/1990 [RTC 1990, 357 AUTO]), no cualquier pretensión que afecte a la titularidad o al ejercicio de una competencia puede residenciarse, sin más, en el proceso relativo a los conflictos constitucionales de competencia. Para ello se requiere, entre otras condiciones, que la controversia afecte a la definición o delimitación de los títulos competenciales en litigio y, más exactamente, a la **delimitación de estos títulos contenida en la Constitución, los estatutos de autonomía o las leyes del bloque de la constitucionalidad que delimitan las competencias estatales y autonómicas**.”

- También esta naturaleza de control preventivo determina que el conflicto pueda suscitarse aunque se haya producido una modificación normativa en la norma atributiva de la competencia, con tal de que se trate de un conflicto competencial vivo. La misma Sentencia 44/2007, del Tribunal Constitucional, señala, sobre este particular, que: “la controversia constitucional no puede quedar automáticamente enervada por la simple modificación de las disposiciones cuya adopción dio origen al conflicto, cuando las partes demanden todavía una determinación jurisdiccional de sus competencias que constate si se verificó o no la extralimitación competencial denunciada. Por tanto, hay que huir de todo automatismo en los efectos que en los procesos conflictuales quepa conceder a las

*modificaciones sobrevenidas de las disposiciones discutidas, y estar sustancialmente a la persistencia o no de la controversia competencial, esto es, a si la disputa sobre la titularidad competencial sigue o no viva entre las partes (entre otras, STC 147/1998, de 2 de julio [RTC 1998, 147], F. 3)."*

## B) Procedimiento.

En cuanto al procedimiento se pueden distinguir tres fases: la fase previa (requerimiento), la suspensión de la disposición o el acto impugnado, la sustanciación o instrucción y la fase resolutive (sentencia).

### B.1) El requerimiento previo.

En este tema la legitimación es importante porque el régimen del requerimiento es distinto si el conflicto lo plantea el Estado que si lo suscita la comunidad autónoma. En el primer caso el requerimiento es potestativo, en el segundo preceptivo. En efecto:

- *"Cuando el **Gobierno** considere que una disposición o resolución de una comunidad autónoma no respeta el orden de competencia establecido en la Constitución (RCL 1978, 2836), en los estatutos de autonomía o en las leyes orgánicas correspondientes, podrá formalizar directamente ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de dos meses, el conflicto de competencia, o hacer uso del previo requerimiento regulado en el artículo siguiente, todo ello sin perjuicio de que el Gobierno pueda invocar el artículo 161.2 de la Constitución con los efectos correspondientes."* (artículo 62.1 de la LOTC)

*"Cuando el **órgano ejecutivo superior de una comunidad autónoma** considerase que una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra comunidad o del Estado no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución (RCL 1978, 2836), en los estatutos de autonomía o en las leyes correspondientes y siempre que afecte a su propio ámbito, requerirá a aquélla o a éste para que sea derogada la disposición o anulados la resolución o el acto en cuestión."* (artículo 63.1 de la LOTC).

El plazo y la forma o contenido del requerimiento se concretan en los párrafos 2 y 3 del artículo 63 de la LOTC:

*"El requerimiento de incompetencia podrá formularse dentro de los dos meses siguientes al día de la publicación o comunicación de la disposición, resolución o acto que se entiendan viciados de incompetencia o con motivo de un acto concreto de aplicación y se dirigirá directamente al Gobierno o al órgano ejecutivo superior de la otra comunidad autónoma, dando cuenta igualmente al Gobierno en este caso."*

*"En el requerimiento se especificarán con claridad los preceptos de la disposición o los puntos concretos de la resolución o acto viciados de incompetencia, así como las disposiciones legales o constitucionales de las que el vicio resulte."*

El órgano al que se dirige el requerimiento debe admitirlo o rechazarlo en la forma y plazos que marca el artículo 63.4 de la LOTC:

*"El órgano requerido, si estima fundado el requerimiento, deberá atenderlo en el plazo máximo de un mes a partir de su recepción, comunicándolo así al requirente y al Gobierno, si éste no actuara en tal condición. Si no lo estimara fundado, deberá igualmente rechazarlo dentro del mismo plazo, a cuyo término se entenderán en todo caso rechazados los requerimientos no atendidos."*

B.2) Suspensión de la disposición o del acto impugnado.

También en este caso el régimen jurídico es distinto según que quien recurra sea el Estado o una comunidad autónoma.

El fundamento de esta diferenciación dimana de la propia Constitución que, en su artículo 161.2, establece que: *"El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses"*.

De acuerdo con esta previsión, cuando es el Gobierno quien plantea el conflicto, *"una vez adoptada decisión por la comunidad autónoma y con invocación del artículo 161.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836), su formalización comunicada por el Tribunal suspenderá*

*inmediatamente la vigencia de la disposición, resolución o acto que hubiesen dado origen al conflicto.” (artículo 64.2 de la LOTC); si bien, en este supuesto “si la sentencia no se produjera dentro de los cinco meses desde la iniciación del conflicto, el Tribunal deberá resolver dentro de este plazo, por auto motivado, acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión del acto, resolución o disposición impugnados de incompetencia por el Gobierno.” (artículo 65.2 de la LOTC).*

Sin embargo, cuando el conflicto lo plantea una comunidad autónoma, el régimen de suspensión es diferente:

*“En los restantes supuestos, el órgano que formalice el conflicto podrá solicitar del Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto, invocando perjuicios de imposible o difícil reparación, el Tribunal acordará o denegará libremente la suspensión solicitada.” (artículo 64.3 de la LOTC).*

### B.3) Instrucción del procedimiento.

El conflicto se plantea cuando el Gobierno decide interponerlo directamente en el plazo de dos meses (artículo 62) o, lógicamente, cuando el requerimiento no sea atendido. Así lo prevé el artículo 63.5 de la LOTC:

*“Dentro del mes siguiente a la notificación del rechazo o al término del plazo a que se refiere el apartado anterior, el órgano requirente, si no ha obtenido satisfacción, podrá plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, certificando el cumplimiento infructuoso del trámite de requerimiento y alegando los fundamentos jurídicos en que éste se apoya.”*

Las demás diligencias de instrucción del procedimiento se regulan en los artículos 64 y 65 de la LOTC:

*“En el término de 10 días, el Tribunal comunicará al Gobierno u órgano autonómico correspondiente la iniciación del conflicto, señalándose plazo, que en ningún caso será mayor de 20 días, para que aporte cuantos documentos y alegaciones considere convenientes.” (artículo 64.1 de la LOTC).*

*"El planteamiento del conflicto iniciado por el Gobierno y, en su caso, el auto del Tribunal por el que se acuerde la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto del conflicto serán notificados a los interesados y publicados en el correspondiente diario oficial por el propio Tribunal."* (artículo 64.4)

*"El Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión y resolverá dentro de los 15 días siguientes al término del plazo de alegaciones o del que, en su caso, se fijare para las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias antes aludidas."* (artículo 65.1 de la LOTC).

#### B.4) Sentencia.

El artículo 66 de la LOTC alude a los pronunciamientos que puede contener la sentencia en términos ciertamente amplios:

*"La sentencia declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma."*

Finalmente, tenemos que aludir a una regla procedimental especial que se contiene en el artículo 67 de la LOTC:

*"Si la competencia controvertida hubiera sido atribuida por una ley o norma con rango de ley, el conflicto de competencias se tramitará desde su inicio o, en su caso, desde que en defensa de la competencia ejercida se invocare la existencia de la norma legal habilitante, en la forma prevista para el recurso de inconstitucionalidad."*

Sobre este último aspecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la previsión que contiene el artículo 67 de la LOTC no puede servir para convertir este procedimiento en un recurso de inconstitucionalidad indirecto, de manera que es necesario que la apreciación sobre la titularidad de la competencia sea inseparable de la cuestión relativa a la acomodación de la norma legal atributiva de la competencia a la Constitución (STC 13/1998, de 22 de enero).

### III.- Conflictos negativos

Los conflictos negativos de competencias, como ya hemos indicado, se suscitan cuando tanto los órganos del Estado como los de la comunidad autónoma declinan el ejercicio de la competencia.

#### A) Legitimación

En cuanto a la legitimación para plantear el conflicto negativo de competencias, la principal peculiaridad radica en que lo pueden interponer las personas físicas o jurídicas interesadas (artículo 60 LOTC).

#### B) Objeto

Su objeto se concreta en la omisión de las disposiciones, resoluciones o actos que la entidad respectiva debería dictar en el ejercicio de la competencia que le atribuye la Constitución o las leyes (artículo 61.1 de la LOTC).

La Ley orgánica del Tribunal Constitucional diferencia según que el conflicto lo susciten, de un lado, los particulares interesados o el Estado.

#### C) Conflicto negativo planteado por particulares.

##### C.1) Naturaleza.

El Tribunal Constitucional, en su Auto 169/2001, de 21 de junio, ha delimitado el ámbito de aplicación de esta figura en los siguientes términos:

*“Este tribunal, «en una doctrina constante (SSTC 156/1990 [RTC 1990, 156], 37/1992 [RTC 1992, 37] y 300/1993 [RTC 1993, 300] y AATC 142/1989 [RTC 1989, 142 Auto], 322/1989 [RTC 1989, 322 Auto], 357/1990 [RTC 1990, 357 Auto], 268/1994 [RTC 1994, 268 Auto] y 303/1994 [RTC 1994, 303 Auto]), ha establecido que para que un conflicto negativo de los regulados en los arts. 68 y siguientes de su ley orgánica pueda ser planteado, es preciso que se cumpla una doble exigencia: es necesario, en primer lugar, que la persona física o jurídica que acuda a este tribunal haya obtenido, en las condiciones y plazos que señala el art. 68 de la LOTC (RCL 1979, 2383 y ApNDL 13575),*

*sendas resoluciones declinatorias de la competencia por parte de las administraciones implicadas (que en el supuesto de la Administración requerida en segundo lugar puede consistir en el simple silencio); además es preciso que dichas negativas se basen precisamente en una diferencia de interpretación de preceptos constitucionales o de los estatutos de autonomía o de leyes orgánicas y ordinarias que delimiten los ámbitos de competencia del Estado y de las comunidades autónomas (art. 69.2 de la LOTC)».*

## C.2) Procedimiento

El procedimiento aparece regulado en los artículos 68 a 70 y se articula en cuatro fases: requerimiento previo, planteamiento, sustanciación del conflicto y resolución.

### C.2.1) Requerimiento previo.

*- “En el caso de que un órgano de la Administración del Estado declinare su competencia para resolver cualquier pretensión deducida ante el mismo por persona física o jurídica, por entender que la competencia corresponde a una comunidad autónoma, el interesado, tras haber agotado la vía administrativa mediante recurso ante el ministerio correspondiente, podrá reproducir su pretensión ante el órgano ejecutivo colegiado de la comunidad autónoma que la resolución declare competente. De análogo modo se procederá si la solicitud se promueve ante una comunidad autónoma y ésta se inhibe por entender competente al Estado o a otra comunidad autónoma”.*

*- “La Administración solicitada en segundo lugar deberá admitir o declinar su competencia en el plazo de un mes. Si la admitiere, procederá a tramitar la solicitud presentada. Si se inhibiere, deberá notificarlo al requirente, con indicación precisa de los preceptos en que se funda su resolución.”*

### C.2.2) Planteamiento del conflicto.

*- “Si la Administración a que se refiere el apartado anterior declinare su competencia o no pronunciare decisión afirmativa en el plazo establecido, el interesado podrá acudir al Tribunal Constitucional. A tal efecto, deducirá la oportuna demanda dentro del mes siguiente a la notificación de la declinatoria, o si transcurriese el plazo establecido en el*



*apartado 2 del presente artículo sin resolución expresa, en solicitud de que se tramite y resuelva el conflicto de competencia negativo". (artículo 68.3 LOTC).*

*- "La solicitud de planteamiento de conflicto se formulará mediante escrito, al que habrán de acompañarse los documentos que acrediten haber agotado el trámite a que se refiere el artículo anterior y las resoluciones recaídas durante el mismo." (artículo 69.1 LOTC).*

#### C.2.3) Sustanciación del conflicto.

La ley regula, en el artículo 69.2, un trámite de admisión mediante el cual el Tribunal Constitucional controla que el conflicto verse sobre la atribución de una competencia constitucional:

*"Si el Tribunal entendiere que la negativa de las administraciones implicadas se basa precisamente en una diferencia de interpretación de preceptos constitucionales o de los estatutos de autonomía o de leyes orgánicas u ordinarias que delimiten los ámbitos de competencia del Estado y de las comunidades autónomas declarará, mediante auto que habrá de ser dictado dentro de los diez días siguientes a la presentación del escrito, planteado el conflicto."*

Posteriormente, confiere un trámite de alegaciones a los interesados, dando inmediato traslado del auto anteriormente señalado *"al solicitante y a las administraciones implicadas, así como a cualesquiera otras que el Tribunal considere competentes, a las que remitirá además copia de la solicitud de su planteamiento y de los documentos acompañados a la misma y fijará a todos el plazo común de un mes para que aleguen cuanto estimen conducente a la solución del conflicto planteado"*.

#### C.2.4) Sentencia

*- "Dentro del mes siguiente a la conclusión del plazo señalado en el artículo anterior o, en su caso, del que sucesivamente el Tribunal hubiere concedido para responder a las peticiones de aclaración, ampliación o precisión que les hubiere dirigido, se dictará sentencia que declarará cuál es la Administración competente." (artículo 70.1 de la LOTC).*

*- " Los plazos administrativos agotados se entenderán nuevamente abiertos por su*



*duración ordinaria a partir de la publicación de la sentencia.” (artículo 70.2 de la LOTC).*

D) Conflicto de competencia negativo planteado por el Gobierno estatal.

D.1) Naturaleza.

La naturaleza de esta modalidad de conflicto no presenta particularidades.

D.2) Procedimiento

Las fases son análogas a las del supuesto anterior.

D.2.2) Requerimiento

- *“El Gobierno podrá igualmente plantear conflicto de competencias negativo cuando habiendo requerido al órgano ejecutivo superior de una comunidad autónoma para que ejercite las atribuciones propias de la competencia que a la comunidad confieran sus propios estatutos o una ley orgánica de delegación o transferencia, sea desatendido su requerimiento por declararse incompetente el órgano requerido.” (artículo 71.1 de la LOTC).*

- *“La declaración de incompetencia se entenderá implícita por la simple inactividad del órgano ejecutivo requerido dentro del plazo que el Gobierno le hubiere fijado para el ejercicio de sus atribuciones, que en ningún caso será inferior a un mes.” (artículo 71.2 de la LOTC).*

D.2.3) Planteamiento del conflicto.

*“Dentro del mes siguiente al día en que de manera expresa o tácita haya de considerarse rechazado el requerimiento a que se refiere el artículo anterior, el Gobierno podrá plantear ante el Tribunal Constitucional el conflicto negativo mediante escrito en el que habrán de indicarse los preceptos constitucionales, estatutarios o legales que a su juicio obligan a la comunidad autónoma a ejercer sus atribuciones.” (artículo 72.1 de la LOTC).*

D.2.4) Sustanciación del conflicto.

*“El Tribunal dará traslado del escrito al órgano ejecutivo superior de la comunidad*

*autónoma, al que fijará un plazo de un mes para presentar las alegaciones que entienda oportunas.” (artículo 72.2 de la LOTC).*

D.2.5) Sentencia.

Aparece regulada en el artículo 72.3 de la LOTC:

*“Dentro del mes siguiente a la conclusión de tal plazo o, en su caso, del que sucesivamente hubiere fijado al Estado o a la comunidad autónoma para responder a las peticiones de aclaración, ampliación o precisiones que les hubiere dirigido, el Tribunal dictará sentencia, que contendrá alguno de los siguientes pronunciamientos:*

*a) La declaración de que el requerimiento es procedente, que conllevará el establecimiento de un plazo dentro del cual la Comunidad Autónoma deberá ejercitar la atribución requerida.*

*b) La declaración de que el requerimiento es improcedente.”*

### **Conflictos constitucionales entre órganos del Estado.**

A) Naturaleza.

En cuanto a la **naturaleza** de este procedimiento, el Tribunal Constitucional, en su célebre Sentencia 45/1986, de 17 de abril, ha señalado que:

*“El conflicto constitucional de atribuciones es un particular y especialísimo proceso que puede entablarse exclusivamente entre los órganos constitucionales mencionados en el art. 59 de la LOTC y que tiene por principal objeto una vindicación de competencia suscitada por uno de estos órganos constitucionales a consecuencia de actos o decisiones de otro órgano constitucional. La vindicatio potestatis sólo puede referirse a actos constitutivos de invasión de atribuciones (art. 75.2 de la LOTC) y pretende, agotado el trámite previo de solicitud de revocación, que se determine el órgano a que corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y que, en consecuencia y, en su caso, se declaren nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y se resuelva lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos. Es*

*claramente un cauce reparador, no preventivo, y sólo indirectamente, a consecuencia del reconocimiento de la invasión de atribuciones, puede tener efectos impugnatorios sobre tales actos y atribuciones”.*

#### B) Legitimación.

Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado se suscitan entre los órganos constitucionales del Estado que expresamente contempla el artículo 59 c) de la LOTC, esto es, el Gobierno, el Congreso de los Diputados, el Senado y el Consejo General del Poder Judicial. A estos habría que añadir los conflictos que se susciten en relación con las competencias del Tribunal de Cuentas que, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley orgánica del Tribunal de Cuentas, de 12 de mayo de 1982, han de ser resueltos por el Tribunal Constitucional y por el procedimiento que estamos analizando y a instancia de las Cortes Generales, por delegación de las cuales se entiende que actúa el Tribunal de Cuentas. Son éstos pues los órganos legitimados para plantear el conflicto.

#### C) Objeto.

El supuesto en el que cabe el planteamiento del conflicto es el previsto en el artículo 73.1, de acuerdo con el cual:

*“En el caso en que alguno de los órganos constitucionales a los que se refiere el artículo 59.3 de esta ley, por acuerdo de sus respectivos plenos, estime que otro de dichos órganos adopta decisiones asumiendo atribuciones que la Constitución o las leyes orgánicas confieren al primero, éste se lo hará saber así dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la indebida asunción de atribuciones y solicitará de él que la revoque.”*

#### D) Características.

A la vista de esta regulación y como características fundamentales de la figura, se pueden reseñar las siguientes:

- Es un conflicto de atribuciones que se suscita cuando uno de los órganos mencionados conozca de cuestiones que el órgano requirente considera que le corresponden a él.

- Lo que se impugna es cualquier tipo de decisiones que supongan la asunción o atribución de la competencia controvertida.
- La norma atributiva de las competencias que origina el conflicto ha de ser la Constitución o las leyes orgánicas, no estando prevista esta vía para conflictos que surjan en relación con competencias atribuidas por leyes ordinarias.
- El conflicto de competencias que regula la LOTC es el conflicto positivo, no estableciéndose una regulación para el supuesto de que ninguno de los órganos asuma la competencia.
- El enjuiciamiento de estos conflictos corresponde al Tribunal Constitucional en Pleno (artículo 10 g) de la LOTC).

#### E) Procedimiento.

Respecto al procedimiento, debemos reseñar los siguientes aspectos fundamentales:

##### E.1) Requerimiento.

Antes de la formalización del conflicto ante el Tribunal Constitucional se realiza un requerimiento previo que se tiene que formular *“dentro del mes siguiente a la fecha en que llegue a su conocimiento la decisión de la que se infiera la indebida asunción de atribuciones.”* En el requerimiento se solicita que se revoque la decisión (artículo 73.1 de la LOTC).

En caso de que el requerimiento no sea atendido de forma expresa o tácita, el órgano que estime indebidamente asumidas sus atribuciones *“planteará el conflicto ante el Tribunal Constitucional dentro del mes siguiente”*. (artículo 73.2 de la LOTC).

##### E.2) Planteamiento del conflicto.

El planteamiento se efectúa mediante *“un escrito en el que se especificarán los preceptos que considera vulnerados y formulará las alegaciones que estime oportunas. A este escrito acompañará una certificación de los antecedentes que repunte necesarios”* (artículo 73.2 de la LOTC).

### E.3) Sustanciación.

La sustanciación del recurso aparece regulada en los artículos 74 y 75 de la LOTC:

- *"Recibido el escrito, el Tribunal, dentro de los diez días siguientes, dará traslado del mismo al órgano requerido y le fijará el plazo de un mes para formular las alegaciones que estime procedentes".*
- *"Idénticos traslados y emplazamientos se harán a todos los demás órganos legitimados para plantear este género de conflictos, los cuales podrán comparecer en el procedimiento, en apoyo del demandante o del demandado, si entendieren que la solución del conflicto planteado afecta de algún modo a sus propias atribuciones".*
- *"El Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión"*

### E.4) La sentencia.

La sentencia se dicta *"dentro del mes siguiente a la expiración del plazo de alegaciones a que se refiere el artículo anterior o del que, en su caso, se fijare para las informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias, que no será superior a otros treinta días".* En ella *"el Tribunal determinará a qué órgano corresponden las atribuciones constitucionales controvertidas y declarará nulos los actos ejecutados por invasión de atribuciones y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas producidas al amparo de los mismos."* (artículo 75 de la LOTC).

## **Conflictos en defensa de la autonomía local.**

### A) Naturaleza.

La primera sentencia del Tribunal Constitucional que se dictó en un procedimientos de este tipo es la 240/2006, de 20 de julio, en la que el Tribunal Constitucional delimita la naturaleza de este recurso:

*"Según la exposición de motivos de la Ley orgánica 7/1999, ésta regula «al amparo de lo previsto en el art. 161.1 d) de la Constitución... un nuevo procedimiento, denominado "De*

*los conflictos en defensa de la autonomía local"». Debe señalarse, de entrada, que estamos efectivamente ante un nuevo proceso constitucional, pues, dada su configuración, no puede entenderse como una nueva modalidad, ni de alguno de los procesos a los que se hace referencia en los epígrafes a), b) y c) del art. 161.1 CE (RCL 1978, 2836), ni del contemplado en el art. 161.2 CE. Tampoco puede considerarse una variante de ninguno de los procedimientos que, al amparo del epígrafe d) del art. 161.1 de la CE, han sido creados por las «leyes orgánicas» y hoy forman parte de la jurisdicción constitucional en nuestro ordenamiento. La Ley orgánica 7/1999 ha procedido a su creación y regulación amparándose precisamente en la cláusula del art. 161.1 d) de la CE, que habilita al legislador orgánico para atribuir a la jurisdicción del Tribunal Constitucional la competencia para conocer «de las demás materias» no contempladas en los preceptos constitucionales siempre que dicha atribución no se haga contra la Constitución.*

*Este nuevo procedimiento viene a reforzar los mecanismos en defensa de la autonomía local de los que ya disponen los entes locales en nuestro ordenamiento, el cual tradicionalmente tenía establecidas vías jurisdiccionales para que aquéllos pudieran demandar la tutela del libre ejercicio de sus competencias, tal como prevé el art. 11 de la Carta europea de autonomía local, ratificada por España a través del instrumento de ratificación de 20 de enero de 1988 (RCL 1989, 412), depositado el 8 de noviembre de 1988, y entrada en vigor para España el 1 de marzo de 1989. Dicha defensa frente a invasiones provocadas por actos o normas infralegales podía sustanciarse, desde luego, ante el poder judicial (art. 153.c de la CE [RCL 1978, 2836]; art. 63.2 de la Ley reguladora de las bases del régimen local: LBRL [RCL 1985, 799, 1372]), tal como afirma el dictamen emitido por el Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley orgánica de modificación de la LOTC (Dictamen núm. 2484/1998, de 18 de junio). Cabía también que las entidades locales alegasen la inconstitucionalidad de normas con rango de ley que menoscabaran su autonomía constitucionalmente garantizada, pero sólo ante la jurisdicción ordinaria; ello, como declaró este tribunal, porque la proclamación constitucional de la autonomía de municipios y provincias no fue inicialmente acompañada, como en otros ordenamientos sucede, con la atribución «de un derecho de carácter reaccional que, eventualmente, les abra una vía ante la jurisdicción constitucional frente a normas con rango de ley» (SSTC 31/1981, de 28 julio [RTC 1981, 31], F. 5; 214/1989, de 21 de diciembre [RTC 1989,*

214], F. 1).”

B) Objeto.

El artículo 75 bis de la LOTC señala:

*“1. Podrán dar lugar al planteamiento de los conflictos en defensa de la autonomía local las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las comunidades autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada.*

C) Legitimación.

La legitimación para plantear este recurso aparece regulada en el artículo 75 ter de la LOTC.

*“Están legitimados para plantear estos conflictos:*

*a) El municipio o provincia que sea destinatario único de la ley.*

*b) Un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo un sexto de la población oficial del ámbito territorial correspondiente.*

*c) Un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la disposición con rango de ley, y representen como mínimo la mitad de la población oficial.*

*2. Para iniciar la tramitación de los conflictos en defensa de la autonomía local será necesario el acuerdo del órgano plenario de las corporaciones locales con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las mismas.*

*3. Una vez cumplido el requisito establecido en el apartado anterior, y de manera previa a la formalización del conflicto, deberá solicitarse dictamen, con carácter preceptivo pero no vinculante, del Consejo de Estado u órgano consultivo de la correspondiente comunidad autónoma, según que el ámbito territorial al que pertenezcan las corporaciones locales corresponda a varias o a una comunidad autónoma. En las comunidades autónomas que*



*no dispongan de órgano consultivo, el dictamen corresponderá al Consejo de Estado.*

*4. Las asociaciones de entidades locales podrán asistir a los entes locales legitimados a fin de facilitarles el cumplimiento de los requisitos establecidos en el procedimiento de tramitación del presente conflicto.”*

#### D) Plazo de interposición.

De acuerdo con el artículo 75 quater, los dictámenes a los que se refiere el artículo 75 ter deberán solicitarse dentro de los tres meses siguientes al día de la publicación de la ley que se entienda que lesiona la autonomía local. Dentro del mes siguiente a la recepción del dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la correspondiente comunidad autónoma, los municipios o provincias legitimados podrán plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, acreditando el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo anterior y alegándose los fundamentos jurídicos en que se apoya.

#### E) Tramitación.

La tramitación del recurso aparece regulada en el artículo 75 quinquies de la LOTC:

*"1. Planteado el conflicto, el Tribunal podrá acordar, mediante auto motivado, la inadmisión del mismo por falta de legitimación u otros requisitos exigibles y no subsanables o cuando estuviera notoriamente infundada la controversia suscitada.*

*2. Admitido a trámite el conflicto en el término de diez días, el Tribunal dará traslado del mismo a los órganos legislativo y ejecutivo de la comunidad autónoma de quien hubiese emanado la ley y, en todo caso, a los órganos legislativo y ejecutivo del Estado. La personación y la formulación de alegaciones deberán realizarse en el plazo de veinte días.*

*3. El planteamiento del conflicto será notificado a los interesados y publicado en el correspondiente diario oficial por el propio Tribunal.*

*4. El Tribunal podrá solicitar de las partes cuantas informaciones, aclaraciones o precisiones juzgue necesarias para su decisión y resolverá dentro de los quince días siguientes al término del plazo de alegaciones o del que, en su caso, se fijare para las*



*informaciones, aclaraciones o precisiones complementarias antes aludidas.”*

F) Sentencia.

En relación con la sentencia, el artículo 75 quinquies, párrafos 5 y 6 y el artículo 75 bis.2 señalan:

- La sentencia declarará si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada, determinando, según proceda, la titularidad o atribución de la competencia controvertida, y resolverá, en su caso, lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local.
- La declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local. La cuestión se sustanciará por el procedimiento establecido en los artículos 37 y concordantes y tendrá los efectos ordinarios previstos en los artículos 38 y siguientes.
- La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos.

### **Impugnación de disposiciones y resoluciones de las comunidades autónomas.**

Esta figura aparece regulada en el título V de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional y se basa en la previsión expresa que se contiene en el artículo 161.2 CE, anteriormente citado.

Su peculiaridad radica en que, en este caso, lo que se impugna son resoluciones o disposiciones que no tienen rango de ley, lo que vuelve a suscitar la cuestión del deslinde de este supuesto con el recurso contencioso-administrativo. También en este caso, el Tribunal Constitucional ha declarado que el fundamento de este recurso tiene que radicar en infracción de normas constitucionales y no meramente legales (SSTC 148/1992, de 16 de octubre).

El Auto del Tribunal Constitucional 135/2004, de 20 de abril, alude a la diferenciación de

este procedimiento con el recurso de inconstitucionalidad y el conflicto de competencias:

*“Esta singularidad del proceso impugnatorio del título V de la LOTC en relación, en lo que ahora interesa, con el recurso de inconstitucionalidad y el conflicto positivo de competencia, aparece expresa y claramente expuesta, entre otras, en la STC 64/1990, de 5 de abril. Los artículos 76 y 77 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional configuran – se dice en la mencionada sentencia– «un procedimiento que, aun cuando coincidente en sus trámites con el conflicto positivo de competencias (por remisión del art. 77 a los arts. 62 a 67 de la ley orgánica), encuentra sustantividad propia precisamente en supuestos, como el presente, en los que el Gobierno imputa a una disposición sin fuerza de ley de una comunidad autónoma –o, en su caso, a una resolución de alguno de sus órganos– un vicio de inconstitucionalidad que, no consistiendo en la infracción del orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, no podría ser, en razón del rango infralegal de la disposición impugnada, eficazmente denunciado a través del recurso de inconstitucionalidad, únicamente procedente contra "disposiciones normativas o actos con fuerza de ley" [art. 2.1 a) de la LOTC], ni se avendría tampoco, en razón del objeto de la pretensión deducida, a los límites del conflicto positivo de competencias, legalmente contraído a las controversias que opongan al Estado y a las comunidades autónomas o a éstas entre sí acerca de la titularidad de las "competencias asignadas directamente por la Constitución, los estatutos de autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las comunidades autónomas" (art. 59 de la LOTC)» (F. 1)“.*

Su regulación legal se establece en los artículos 76 y 77 de la LOTC, siendo sus principales peculiaridades:

#### A) Planteamiento.

*“Dentro de los dos meses siguientes a la fecha de su publicación o, en defecto de la misma, desde que llegare a su conocimiento, el Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones normativas sin fuerza de ley y resoluciones emanadas de cualquier órgano de las comunidades autónomas.”*

## B) Tramitación.

Este procedimiento se tramita por las reglas que la Ley orgánica del Tribunal Constitucional establece para los conflictos positivos de competencias, esto es el regulado en los artículos 62 a 67 de la ley.

## C) Suspensión

*"La formulación de la impugnación comunicada por el Tribunal producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida hasta que el Tribunal resuelva ratificarla o levantarla en plazo no superior a cinco meses, salvo que, con anterioridad, hubiera dictado sentencia."* (artículo 77 de la LOTC).

**JAVIER SUÁREZ GARCÍA**

ABOGADO DEL ESTADO

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA BÁSICA**

*Derecho Público de las Comunidades Autónomas.* Santiago Muñoz Machado. Civitas, Madrid 1984.

*Estudio sobre Autonomías Territoriales.* Eduardo García de Enterría. Civitas, 1985.

*Curso de Derecho Administrativo.* Eduardo García de Enterría. Civitas, 1995.

*Derecho Constitucional Comparado.* Manuel García Pelayo. Alianza Universidad Textos, 1984.

## **TEMA 1**

**LA AUTONOMÍA GALLEGA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. EL ESTATUTO COMO NORMA AUTONÓMICA Y COMO NORMA DEL ESTADO. ESTRUCTURA Y CONTENIDO. LA REFORMA DEL ESTATUTO.**

## **TEMA 1. LA AUTONOMÍA GALLEGA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN. EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. EL ESTATUTO COMO NORMA AUTONÓMICA Y COMO NORMA DEL ESTADO. ESTRUCTURA Y CONTENIDO. LA REFORMA DEL ESTATUTO.**

### **LA AUTONOMÍA GALLEGA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN.**

El antecedente más inmediato del actual Estatuto de autonomía para Galicia es el documento aprobado mediante referéndum el 28 de junio de 1936. Se trata de un texto jurídico que fue prácticamente avalado de forma unánime por la inmensa mayoría (99,2%) de los votantes y que facilitó que, el 15 de julio de ese mismo año, el comité central de la autonomía de Galicia pudiera entregar el proyecto de estatuto al presidente de las Cortes, órgano que no pudo aprobarlo definitivamente a causa de la Guerra Civil.

La disposición transitoria segunda de la Constitución de 1978, en la que se prevé un régimen singular para “los territorios que en el pasado plebiscitaron afirmativamente proyectos de estatutos de autonomía”, hace inexcusable una referencia a los antecedentes del actual Estatuto de 1981. Porque, efectivamente, el 28 de junio de 1936 fue aprobado en referéndum el proyecto de estatuto gallego elaborado al amparo de la Constitución de 1931.

Como es sabido, la Constitución republicana definió el “Estado integral” en una solución de compromiso entre unitarios y federales. A pesar de las confesadas influencias del derecho comparado, singularmente de las Constituciones alemana de Weimar de 1919 y la austríaca de 1920, y de los juristas que las inspiraron, la solución “integral” española es fundamentalmente resultado de la realidad histórica y de los condicionamientos políticos que están en el origen mismo de la Segunda República.

Los avatares autonomistas a lo largo de la II República son objeto de profundos debates historiográficos, pero sí transmiten con bastante claridad la existencia de una idea que choca con la realidad autonómica actual: la constitución selectiva de territorios autónomos, en principio limitados a los casos catalán, vasco y gallego. De hecho, estos serán, a la postre, los únicos estatutos que llegaron a aprobar las Cortes republicanas, sin perjuicio de que otras iniciativas estuvieran pendientes de tramitación en diversas

comunidades autónomas.

El estatuto gallego, como se indicó anteriormente, fue aprobado mediante referéndum, pero no llegó a aplicarse tras el estallido de la contienda civil. Esto no impide tomar cuenta de la importancia del contenido de esa norma como antecedente del texto de 1981, si bien en ciertos aspectos la regulación jurídica está francamente alejada.

En este orden de cosas, la elección popular, directa y secreta del presidente de Galicia, capacitado para designar y cesar al presidente de la Xunta, es un ejemplo claro de un esquema bicéfalo ajeno al contenido del actual estatuto que, como es bien sabido, concentra ambas figuras en una sola persona.

El elemento constitutivo de la autonomía, referido a su territorio, recibió también una solución bien diferente a la del actual Estatuto de 1981. En efecto, el estatuto republicano posibilitaba que se pudiera integrar en el territorio gallego cualquier otro limítrofe con características históricas, culturales, económicas y geográficas análogas, aspecto este que el legislador de 1981 no contempla sino a través de una reforma del Estatuto de autonomía.

En el aspecto competencial el Estatuto de 1936 era más lacónico y establecía unas previsiones más genéricas que el actual, que es más agotador de los ámbitos administrativos sectoriales que pueden atenderse desde el nivel administrativo de Galicia. En el ámbito competencial económico-financiero siempre fue puesto en valor desde ámbitos galleguistas el instrumento de un banco público autonómico que, si bien debía respetar principios esenciales de la legislación estatal, podría llevar a cabo servicios recaudatorios de tesorería o crédito por sí mismo o en relación con las cajas de ahorro y otras instituciones análogas de carácter público.

Singular referencia merece el tratamiento de la cooficialidad de los dos idiomas existentes en Galicia. El artículo 4 del Estatuto de 1936 establecía que los escritos a tribunales y autoridades y documentos de fedatarios públicos debían expedirse en castellano si así se solicitan, y si estaba en gallego el original, su texto debería aportarse con la traducción en castellano. Paralelamente, en las relaciones oficiales de Galicia con autoridades del Estado y de otros territorios, debería usarse siempre el idioma común de toda España.

Estos principios lingüísticos tenían además en el propio estatuto un reflejo en lo referido a la regulación de la función pública autonómica, ya que los funcionarios gallegos estaban obligados a acreditar el conocimiento de la lengua gallega y, de manera muy pareja a lo establecido en el Estatuto de 1981, se daba preferencia para la provisión de los puestos a notarios a aquellos que pudieran documentar conocimiento de la lengua y del derecho de Galicia.

La cuestión lingüística se completaba con un mandato estatutario referido al ámbito educativo, que disponía que en las escuelas privadas era obligada la enseñanza del gallego y del castellano, aspecto este que en el actual ordenamiento jurídico de Galicia no tiene acogida estatutaria sino en la Ley de normalización lingüística de Galicia.

Situándonos ya en el proceso iniciado por la Constitución española de 1978, el antecedente inmediato de la elaboración del texto gallego está en la aprobación de la Ley para la reforma política de 1977, que posibilitó una admisión progresiva de autonomías provisionales. En este sentido, resulta de interés recordar que en la comisión de los 10 que negociaron con ADOLFO SUÁREZ las condiciones para la celebración de elecciones generales en 1977 figuró la presencia de diversos partidos políticos entre los que se encontraban algunos que justificaban su participación debido a su vinculación con Galicia.

Tras la celebración de las primeras elecciones democráticas, una asamblea de parlamentarios gallegos aprobó, en octubre de 1977, un texto que sirvió de base del régimen preautonómico para Galicia. Ese texto fue negociado con representantes del gobierno y acabó plasmándose en el RD ley 7/1978, de 16 de marzo, por el que se instituye la Xunta de Galicia como órgano provisional de Galicia, que actuará mientras perdure la fase preautonómica y no se apruebe la constitución y el subsiguiente Estatuto de autonomía.

Este régimen preautonómico pretendió, en opinión de MAIZ SUÁREZ, dar satisfacción al deseo de contar con instituciones propias, siendo consciente de que:

- No se condicionaba el futuro texto constitucional
- No se obligaba a existir al futuro Estatuto de autonomía que estaba por llegar.

El texto era consciente de su carácter provisional y “de mínimos”, de tal manera que

postergaba al momento estatuyente la regulación de aspectos esenciales de la autonomía.

La preautonomía gallega se basa en la existencia de un territorio delimitado por las cuatro provincias de Galicia (A Coruña, Lugo, Ourense y Pontevedra). Además, se crea el órgano de gobierno de Galicia con personalidad jurídica propia (la Xunta de Galicia). Este órgano se compuso de:

- 11 miembros elegidos por los diputados y senadores proclamados en las elecciones generales de 1977 en Galicia.
- Los 3 senadores gallegos de designación real.

Ocho de estos fueron elegidos por los parlamentarios de cada provincia aisladamente, otorgándosele un par a cada una de ellas y los tres remanentes fueron elegidos por los anteriores. Además, participaría en la Xunta gallega un representante de cada una de las diputaciones provinciales. Para tal efecto, se disponía que, celebradas las elecciones locales, estos serían sustituidos por 8 nuevos representantes de las diputaciones renovadas.

La presidencia de la Xunta de Galicia recayó en la persona del diputado ANTONIO ROSÓN PÉREZ, que fue elegido en el seno de la propia Xunta. Las competencias que ejerció la Xunta preautonómica estaban relacionadas fundamentalmente con aspectos de autoorganización, relaciones con las diputaciones provinciales, gestión de funciones y servicios transferidos y facultades de propuesta al gobierno estatal acerca de las medidas que afectasen a los intereses gallegos.

Desde el punto de vista del régimen jurídico merece la pena destacarse que, desde un primer momento, la Xunta:

- Dispuso de servicios propios y de la colaboración necesaria de los medios personales y materiales de las diputaciones de Galicia.
- Estuvo sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa y a una suerte de tutela estatal de oportunidad.

El acto de constitución oficial de la Xunta preautonómica se celebró en el Pazo de Xelmírez, en la Plaza del Obradoiro de Santiago de Compostela, el día 18 de abril de 1978.



Entre los antecedentes que determinan la tramitación del estatuto gallego debe citarse la elaboración de un anteproyecto por parte del denominado "grupo de los 16", que tuvo su origen en la convocatoria que, el 3 de julio de 1978, el presidente de la Xunta realizó a todos los partidos políticos, entidades culturales, sociales y sindicales para que colaboraran en tal labor.

Otro antecedente importante fue la redacción de la denominada "Ponencia de los 9", que trató de llevar a cabo lo establecido en el artículo 151 de la Constitución mediante la reunión de la asamblea de parlamentarios gallegos el día 5 de mayo de 1979. De este modo, el 25 de junio la citada asamblea aprobó por unanimidad, excepto dos aspectos muy concretos, el proyecto de Estatuto de autonomía para Galicia que se presentó en el Congreso de los Diputados el día 28 de junio de 1979. La Comisión Constitucional del Congreso recibió el proyecto y se abrió un plazo para presentar motivos de desacuerdo, que concluyó el 21 de septiembre. Se produjo aquí una paralización en la substanciación del Estatuto de autonomía para Galicia, fruto de fuertes tensiones políticas y que solo pudo superarse mediante la firma del llamado "Pacto del Hostal" en septiembre de 1980.

De este modo, el 21 de diciembre de ese mismo año se celebró el referéndum de aprobación del Estatuto de autonomía para Galicia, siendo remitido para su confirmación por el Congreso de los Diputados en su sesión del 17 de febrero de 1981 y por el Senado el 17 de marzo, aprobándose como Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril.

## **EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE GALICIA. EL ESTATUTO COMO NORMA AUTONÓMICA Y COMO NORMA DEL ESTADO. ESTRUCTURA Y CONTENIDO.**

La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, es un magnífico documento jurídico que recuerda y actualiza la posición que dentro del ordenamiento español tiene el Estatuto de autonomía. En efecto, el fundamento jurídico tercero aporta la siguiente doctrina:

"...Los estatutos de autonomía son normas subordinadas a la Constitución, como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución y por ella garantizada, para el ejercicio de la potestad legislativa en el marco de la Constitución misma (así desde el principio, STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). Como norma suprema del ordenamiento, la

Constitución no admite igual ni superior, sino sólo normas que le están jerárquicamente sometidas en todos los órdenes. Ciertamente, no faltan en ningún ordenamiento normas jurídicas que, al margen de la Constitución *stricto sensu*, cumplen en el sistema normativo funciones que cabe calificar como materialmente constitucionales, por servir a los fines que conceptualmente se tienen por propios de la norma primera de cualquier sistema de derecho, tales como, en particular, constituir el fundamento de la validez de las normas jurídicas integradas en los niveles primarios del ordenamiento, esto es, en aquellos en los que operan los órganos superiores del Estado. Sin embargo, tal calificación no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico y, por más que sea conveniente para la ilustración de los términos en los que se constituye y desarrolla el sistema normativo que tiene en la Constitución el fundamento de su existencia, en ningún caso se traduce en un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal. En nada afecta, en definitiva, a la subordinación a la Constitución de todas las normas que, sea cual sea su función con una perspectiva material o lógica, no se integran en el ordenamiento bajo la veste de la Constitución formal, única que atribuye a los contenidos normativos –también a los que materialmente cupiera calificar de extraños al concepto académico de Constitución– la posición de supremacía reservada a la norma fundamental del ordenamiento jurídico...”

Hay que comenzar diciendo que, tanto en la doctrina italiana como en la española, existe un amplio acuerdo en considerar que, desde un punto de vista político-funcional, los estatutos desempeñan en las CCAA un papel equivalente al que se ha atribuido a la Constitución de cualquier Estado-miembro de un Estado federal. Esto es así por dos razones:

- Del mismo modo que a las constituciones regionales, es al estatuto al que corresponde la regulación de la estructura organizativa básica de la CA de que se trate, así como el establecimiento de las reglas fundamentales a las que se han de sujetar los órganos autonómicos para llevar a cabo su actividad.
- Porque corresponde también a los estatutos establecer el procedimiento de creación del resto de las normas jurídicas regionales.

Ahora bien, si esta equiparación entre el valor político y funcional de los estatutos de

autonomía y las constituciones regionales es aceptable desde una óptica política, lo cierto es que, como acertó GARCÍA DE ENTERRÍA, resulta cuestionable en términos jurídicos. En efecto, mientras que en el caso de los llamados estados federales en sentido estricto, el orden jurídico fundamental de las colectividades miembros viene determinado por su propia Constitución federal, en el caso español, por el contrario, lo que sucede es que el orden jurídico fundamental de las comunidades autónomas no lo constituye solo el Estatuto de autonomía, sino que aquel está integrado por la Constitución española y también por los estatutos de autonomía.

En todo caso, importa poner de relieve que en la medida que los estatutos son llamados por la Constitución española a concretar y determinar la propia estructura estatal y la distribución de competencias dejadas abiertas por el constituyente, lo que sucede es que, desde una perspectiva politológica, los estatutos adquieren la virtualidad de ser "la prolongación natural" de un proceso constituyente, que si jurídicamente aparece cerrado desde el mismo momento de la promulgación de la Constitución, políticamente no concluirá hasta que se produzca la definitiva creación del modelo único de Comunidad previsto por la Carta Magna.

En la medida que la elaboración de los estatutos de autonomía exige que se verifique una participación de los propios entes territoriales interesados en la creación de la nueva colectividad miembro, surge la pregunta de si esa participación permite afirmar que, a pesar de estar enunciado como ley orgánica por el artículo 81.1 de la Constitución, los estatutos de autonomía son un acto normativo regional o si, por el contrario, estamos en presencia de un auténtico acto normativo estatal. Este interrogante fue contestado de muy diversas maneras por nuestra doctrina.

Podemos considerar a los estatutos como normas del Estado y como normas autonómicas, es decir, son las dos cosas, atendiendo a varias razones:

- Su origen
- Su aprobación
- Su posición respecto a la propia Constitución.

Son expresión del principio autonómico en cuanto que (al margen de los supuestos

específicos del artículo 144 b) y c)), su formación:

- Comenzó con una "iniciativa autonómica" (artículo 143 y 151)
- Continuó con una elaboración formulada por las representaciones del territorio de que se trataba (artículo 146)
- En el caso de los estatutos del nivel superior de autonomía, se prolongó en la propia fase de aprobación por las Cortes Generales, en cuanto que tal fase se requirió como un "común acuerdo para su planteamiento definitivo", acuerdo que a las Cortes como tales correspondió solo ratificar o no (artículo 151.2).

Además, el principio autonómico presente en los estatutos se hace visible en la técnica de la rigidez de que, una vez aprobados, les dota la Constitución, puesto que su modificación requerirá un consentimiento de las representaciones del respectivo territorio.

Pero a la vez, es también notorio que se trata de una norma estatal, y así lo precisa el artículo 147.1 CE: "los estatutos serán la norma institucional básica de cada CCAA y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico". El estatuto, con independencia de su proceso de formación, es una Ley orgánica de las Cortes Generales (artículo 81.1, 146, 147.3, 151). Pero quizás puede tener mayor interés insistir en que el estatuto es una norma propia del Estado global por su propia función y contenido, en cuanto que complemento indispensable de la CE para convertir en acto la potencialidad autonómica que esta previó, puesto que sin estatuto no surge una CA. De este modo, el estatuto especifica el marco de la CE respecto a cada autonomía en particular, con lo que el ordenamiento autonómico respectivo ha de encontrar en su estatuto su norma suprema, aunque "dentro del marco establecido en la CE" como reza el artículo 147 de ésta.

Si por su origen el Estatuto de autonomía no es la Constitución de un Estado miembro de un Estado federal, por su función sí que vienen a ser muy parecidos. La Constitución lo expresa con bastante claridad en el artículo 147.1: "Dentro de los términos de la presente Constitución, los estatutos de autonomía serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma. "

Para cumplir su función en cuanto tal norma institucional básica, el Estatuto de autonomía

debe tener un determinado contenido, que es lo que está previsto por la propia Constitución en los artículos 147 y 152. Inicialmente, los contenidos previstos en estos dos artículos se consideraban como contenidos alternativos para los dos posibles tipos de estatutos de autonomía, los que se habían aprobado por la vía del artículo 143 y los aprobados por la del 151. No obstante, el desarrollo del proceso autonómico condujo a una solución diferente, de tal suerte que el contenido típico de los estatutos de autonomía aprobados hasta la fecha no es el del artículo 147 o el del 152, sino la suma de ambos. Todos los estatutos de autonomía aprobados tenían una estructura y un contenido similar.

### **ESTRUCTURA Y CONTENIDO SEGÚN LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES**

El artículo 147 de la CE enumera cuatro elementos que, de forma obligatoria, debe contener todo Estatuto de autonomía:

- La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica.
- La delimitación de su territorio.
- La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias.
- Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a estas.

El artículo 147.1 de la Constitución también establece que el Estado reconoce y ampara a los estatutos de autonomía como parte integrante de su ordenamiento jurídico. RUIPÉREZ ALAMILLO defiende la naturaleza estatal de los estatutos de autonomía basándose en dos cuestiones:

1ª. La intervención del poder central se verifica a la hora de aprobar el Estatuto de autonomía: los diputados y senadores, representantes de la nación española en su conjunto, son llamados a formar parte, bien en solitario (artículo 152.2.1), bien en unión de representantes de las diputaciones provinciales (artículo 146) de la asamblea redactora del proyecto de estatuto.

2ª Las Cortes Generales han reconocido un poder de enmienda sobre el texto estatutario del que conocen. Nuestras Cortes Generales no se encuentran

condicionadas por el proyecto de estatuto que le presenta la asamblea redactora, de manera que pueden introducir en él cuantas modificaciones estimen pertinentes, sin más límite en su actuación que el del respeto al contenido autonómico mínimo garantizado por la Constitución (no pueden privar a la futura Comunidad Autónoma de su carácter de centro autónomo de decisión política, para convertirlo en un simple ente administrativo territorial).

Para ilustrar la situación actual de esta problemática se debe acudir al fundamento jurídico 5º de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, que concluye:

“...La naturaleza y la función constitucionales de los estatutos de autonomía determinan su posible contenido. Del mismo forma parte, en primer lugar, y como ya hemos dicho, el *minimum* relacionado en el artículo 147.2 CE. También por disposición constitucional expresa, las materias referidas en determinados preceptos de la Constitución. En ambos casos puede hablarse de un contenido estatutario constitucionalmente explícito. Cabe junto a él un contenido implícito por inherente a la condición del estatuto como norma institucional básica (artículo 147.1 CE), con cuanto ello implica en términos de autogobierno, de autoorganización y de identidad. Con ese título pueden integrarse en los estatutos previsiones y disciplinas muy dispares, aunque siempre dejando a salvo, como es evidente, las reservas establecidas por la Constitución en favor de leyes específicas o para la disciplina de materia orgánica no estatutaria. Y, dada la apertura y flexibilidad del modelo territorial, serían constitucionalmente admisibles estatutos de autonomía dotados de un contenido más amplio que el que resulta del mínimo necesario del artículo 147.2 CE, hasta el punto de que su delimitación sólo podría realizarse, desde esta jurisdicción, mediante la garantía de la observancia de ciertos límites. Entendiendo que constitucionalmente tienen igual cabida una concepción restringida del contenido material de los estatutos (limitada al mínimo explícito) y un entendimiento más amplio, supuesto en el que el mínimo a garantizar por este tribunal no es ya el que asegura la existencia, la identidad y las competencias de la Comunidad Autónoma, sino el que resulta, por un lado, de los límites que marcan la divisoria entre la Constitución y los poderes constituidos y, por otro, de aquellos que permiten la eficacia regular del sistema en su conjunto...”

## **ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ESTATUTO DE GALICIA**

Pasando al análisis de nuestro estatuto, tenemos que recordar que la estructura formal del Estatuto de Galicia es la siguiente:

	Artículos
• Título preliminar	1 -8
• Título primero. Del poder gallego	9 -26
Capítulo I. Del Parlamento	10 -14
Capítulo II. De la Xunta y de su presidente	15 -19
Capítulo III. De la Administración de justicia en Galicia	20 -26
• Título segundo. De las competencias de Galicia	27 -38
Capítulo I. De las competencias en general	27 -36
Capítulo II. Del régimen jurídico	37 -38
• Título tercero. De la Administración pública gallega	39 -41
• Título cuarto. De la economía y la hacienda	42 -55
• Título quinto. De la reforma	56 -57
• Disposiciones adicionales	
• Disposiciones transitorias	

Simplificando y a efectos meramente expositivos, podemos decir que el título preliminar de nuestro Estatuto afirma el carácter de nacionalidad histórica de Galicia y la voluntad de constituir una comunidad autónoma para acceder al autogobierno. Igualmente, destaca la defensa de la identidad de Galicia y de sus intereses y la promoción de la solidaridad de cuantos integran el pueblo gallego como fin de la nueva estructura política creada.

Se perfila el territorio de la comunidad autónoma estableciéndose una remisión legal a una ley del Parlamento para la organización territorial propia de Galicia (esta fue la Ley 7/1996, de 10 de julio, de desarrollo comarcal. DOG nº. 142, 19-7-96). Además, define la condición política de gallego de un modo que permite la participación de una parte importante de la ciudadanía de Galicia en el ser político autonómico, todos aquellos

gallegos que viven en la emigración y que, encontrándose muy lejos de la Galicia territorial, forman parte del pueblo gallego (Ley 4/1983, de 15 de junio, de reconocimiento de la galleguidad. DOG nº. 86, 16-7-1983).

Una parte importante del contenido estatutario tiene que ver, como no podía ser de otro modo, con la afirmación del gallego como lengua propia de Galicia, su cooficialidad con el castellano y el derecho de todos los ciudadanos de Galicia de conocerlos y usarlos (Aspectos contenidos en la Ley básica 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística. DOG nº. 84, 14-7-1983). En el mismo plano simbólico se establece la bandera, el escudo y el himno propios de Galicia (Ley 5/1984, de 29 de mayo, de símbolos de Galicia. DOG nº. 120, 23-6-1984).

En el título primero del Estatuto se regula el poder gallego. Bajo esta rúbrica se describen los órganos que ejercen las competencias específicas que la Constitución, el Estatuto de autonomía y la Ley reguladora de la Xunta y de su presidente les otorgan para desarrollar las funciones de autogobierno propias de la Comunidad Autónoma.

En primer lugar, se establece un Parlamento unicameral (Legislación del Parlamento de Galicia. BOPG nº. 150, de 1 de septiembre de 1983), que ejerce el poder legislativo de la Comunidad Autónoma. Sus miembros son elegidos (conforme a la Ley 8/1985, de 13 de agosto, de elecciones al Parlamento de Galicia, modificada por la Ley 12/2004, de 7 de diciembre) por un período de 4 años mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, siendo la circunscripción electoral la provincia (a los efectos de situación de los poderes autonómicos resultan de interés las leyes 1/1982, de 24 de junio, de fijación de la sede de las instituciones autonómicas (DOG nº. 12, 24-7-1982) y la Ley 4/2002, de 25 de junio, del estatuto de la capitalidad de la Ciudad de Santiago de Compostela (DOG nº. 142, 24-7-2002).

Se complementa la regulación del capítulo del Estatuto dedicado a la Cámara gallega con la previsión, efectiva en la práctica, del funcionamiento de un comisionado parlamentario para el control de la Administración y la tutela de los derechos fundamentales: el Valedor del Pueblo (desarrollado por la Ley autonómica 6/1984, de 5 de junio, del Valedor del Pueblo. DOG nº. 135, 14-7-1984). Hay que referir también la existencia de otro órgano estatutario dependiente de la Cámara y que realiza el control externo de las finanzas



públicas autonómicas: el Consejo de Cuentas de Galicia (cuya Ley institucional es la 6/1985, de 24 de junio. DOG nº. 130, 9-7-1985).

El poder ejecutivo de Galicia está compuesto por la Xunta y su presidente. Este último dirige y coordina la acción del gobierno y ostenta la representación de la Comunidad Autónoma y la ordinaria del Estado en Galicia. Es elegido por el Parlamento entre sus miembros (Ley 1/1983, de 22 de febrero, de normas reguladoras de la Xunta y de su presidencia. DOG nº. 23, 21-3-1983).

La Administración de justicia en Galicia culmina en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que tiene su sede en la ciudad de A Coruña, ante el que se agotan las sucesivas instancias procesales, en los términos establecidos por el artículo 152 de la Constitución.

El abanico competencial del Estatuto es muy amplio, como corresponde a una nacionalidad histórica que desde un primer momento accedió al nivel competencial previsto en el artículo 149 de la Constitución. Conviene aquí dar cuenta de la existencia de un título del texto autonómico dedicado a la Administración pública gallega, en el que se perfilan también las líneas maestras de la organización territorial.

La actividad económica y financiera de la Comunidad autónoma aparece delimitada en el título IV del Estatuto que trata "De la economía y la hacienda". Fue particularmente importante en el funcionamiento autonómico la aprobación del Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, que integra el desarrollo normativo fundamental de las cuestiones reguladas en este título del Estatuto.

Por último, los artículos 56 y 57 del Estatuto se dedican a la problemática de la reforma. De modo paralelo al del texto constitucional, se establecen dos vías para la revisión, según las materias a las que esta afecte.

## **LA REFORMA DEL ESTATUTO.**

La problemática de la reforma del Estatuto de autonomía para Galicia puede ser abordada desde varias perspectivas complementarias pero muy heterogéneas entre sí. No se harán aquí enfoques que pueden ser de gran interés como los estrictamente políticos, sociológicos o económicos, sino que se presentarán reflexiones de tipo jurídico cuando ya

han transcurrido más de treinta años desde la promulgación de la máxima norma autonómica.

Como en su día apuntó PEDRO DE VEGA para el caso de la Constitución, tenemos que concluir que la mecánica de la reforma estatutaria debe cumplir varias funciones muy relevantes dentro del sistema jurídico-político.

En primer lugar, la reforma del Estatuto de Galicia debe servir para que la realidad política regulada en su seno reciba un correcto tratamiento. Es indiscutible que la situación política de 1981 no tiene los mismos condicionantes ni vías de actuación que la que vivimos hoy en día y a cuyo objeto la reforma responde a las nuevas demandas de la sociedad gallega actual.

En segundo lugar, acudiendo al mecanismo previsto en el título V de nuestro Estatuto de autonomía, se produce un cambio normativo sin quiebra de la continuidad jurídica. Se trata de una modificación que tiene legitimidad en el propio ordenamiento jurídico de Galicia y que encuentra en él sus límites y procedimientos de actuación. Modificar el Estatuto de autonomía no supone destruirlo sino acomodarlo a la realidad histórica e insertarlo más adecuadamente en el sistema jurídico del Estado español.

Por último, la reforma del estatuto es la vía fundamental de garantizar su primacía frente a la actuación de los poderes estatutarios. Puesto que solo mediante la reforma es posible modificar el contenido del Estatuto de autonomía para Galicia, nunca podrán los poderes en él creados, Parlamento, Xunta y Presidente, intentar ostentar competencias que están reservadas estatutariamente. Esta última reflexión tiene particular interés desde la perspectiva de las minorías, que siempre estarán protegidas por el contenido de la norma respecto a la actuación de los poderes que son dominados por las mayorías políticas.

Cuando se habla de reforma estatutaria, es preciso aportar una perspectiva práctica sobre el proceso abierto en el sistema político español y autonómico, sin limitar el tratamiento de las instituciones estatutarias a la redacción del texto de 1981, sino teniendo en cuenta las otras variables que condicionan el programa político que un documento de carácter constitucional conlleva.

En efecto, como es bien sabido, los textos jurídicos de carácter político tales como las

constituciones o los estatutos de autonomía traen tras de sí la actuación de operadores que condicionan y en ocasiones modifican sus propósitos iniciales. Resulta por eso obvio que un análisis de la redacción del Estatuto de autonomía para Galicia para su avance y actualización precisa, de manera incuestionable, de la exégesis de la actuación en primer lugar del Tribunal Constitucional que, a través de sus sentencias, ha delimitado la interpretación del alcance del estatuto al amparo de la Constitución.

Además, es necesario dar cuenta de la actividad legislativa del Parlamento de Galicia como principal responsable del desarrollo normativo del estatuto y, finalmente, de la ejecución llevada a cabo por la Xunta de Galicia en cuanto responsable fundamental de las políticas públicas autonómicas.

Todas estas circunstancias constituyen lo que la técnica constitucionalista denomina como “mutaciones constitucionales” que, en nuestro caso, serían mutaciones estatutarias, esto es, cambios en el contenido del Estatuto de autonomía operados por vía jurisprudencial, legislativa o reglamentaria, sin haberse instrumentado los mecanismos de la reforma previstos en el título V de nuestro Estatuto.

El Tribunal Constitucional trató esta cuestión de los procedimientos de reforma en los estatutos de autonomía en su importantísima sentencia de junio de 2010 relativa al Estatuto de Cataluña, en los siguientes términos:

“...Por lo demás, hay que señalar que el presidente de cada una de las comunidades autónomas (que es nombrado por el rey, artículo 152.1 CE) es, por declaración constitucional (en el mismo artículo 152.1 CE), el representante ordinario del Estado en la Comunidad Autónoma y que en el acto de convocatoria del referéndum de reforma estatutaria que ahora examinamos actúa en calidad de tal, dado que dicho acto, a diferencia del de iniciativa de la reforma, no es de naturaleza exclusivamente autonómica, sino de naturaleza estatal, al insertarse en la fase última o definitiva de adopción de una norma del Estado cuyo texto ya ha recibido la aprobación de las Cortes Generales [artículo 222.1 d) EAC, como así también sucede en el artículo 223.1 i) EAC]. Por ello, al convocar, lo hace, no en representación de la Comunidad Autónoma (artículo 152.1 CE), sino en representación del Estado (en su otra cualidad institucional, según el mismo artículo 152.1 CE), lo que significa, más específicamente aún, en nombre del órgano estatal, el rey, que

tiene atribuida de modo general [artículo 62 c) CE] dicha función. De ahí que el artículo 62 c) CE no suponga obstáculo para que el presidente de la Comunidad Autónoma convoque el referéndum de reforma estatutaria. Como tampoco hay obstáculo constitucional para que, estándole también atribuida al rey la función general de promulgar las leyes [artículo 62 a) CE], las autonómicas las promulgue el presidente de la respectiva Comunidad Autónoma en nombre del rey. De ese modo han de ser entendidos los preceptos del Estatuto de autonomía de Cataluña que ahora estamos examinando.

En consecuencia, en razón a lo expuesto, ha de concluirse que la dicción del artículo 62 c) CE no se opone a que los referenda de reforma estatutaria, una vez autorizados por el Estado, sean convocados por el presidente de la respectiva Comunidad Autónoma siempre en nombre del rey.

Interpretados en esos términos, los artículos 222.1 d) y 223.1 i) EAC no son contrarios a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo...”

Como apunté anteriormente, el Estatuto de autonomía se configura de acuerdo con el 147 de la Constitución como la ley superior de la Comunidad Autónoma. Este carácter atribuido por la Constitución adquiere, en el caso gallego, un reforzamiento fáctico innegable por tratarse de una ley sometida al referéndum positivo del pueblo gallego. Obviamente, las consecuencias que la rigidez estatutaria tiene derivan sus efectos tanto respecto de las leyes aprobadas por las Cortes Generales como de las que pueda aprobar el Parlamento de Galicia como órgano creado por el propio Estatuto. Tomando en cuenta este perfil del estatuto hay que subrayar su carácter muy especial como norma en la que se refleja el deseo de autonomía de Galicia y que recibe, por otra parte, la protección de todos los órganos del Estado al integrarse dentro de su ordenamiento jurídico.

Si las reformas legislativas siempre deben responder a reflexivos estudios de oportunidad, el Estatuto de autonomía muy especialmente solo debe ser reformado cuando exista un consenso dominante sobre la oportunidad de hacerlo y el contenido que debe ser modificado. Por estas ideas, nuestro texto estatutario consagra unas vías de cambio con ciertas garantías que se apartan de la simple reforma normativa de cualquier otra ley ordinaria.

La que, según hemos apuntado, se configura como naturaleza semejante a la

constitucional de los estatutos, no debe conllevar la idea de su imposibilidad de cambio. Las ideas que PEDRO DE VEGA en su momento apuntó como motivos últimos de la regulación de la reforma constitucional son perfectamente transponibles al caso del Estatuto de autonomía que, por su función política e institucional, podrá en cada momento necesitar de adaptaciones a la sociedad para la que fue aprobado.

El tratamiento de la reforma estatutaria dio lugar a debates en el procedimiento de su elaboración, debates que ya existieron en su momento con motivo de la regulación del precedente Estatuto de autonomía de la II República. En el artículo 33 de aquel texto estatutario se reglamentaba la reforma, distinguiendo que esta afectara a la Constitución de 1931 y a las relaciones con el Estado o no afectara a tales ámbitos. Este punto de partida es lo que hoy en día asume el Estatuto de 1981. En el supuesto de que la reforma entrara en materias constitucionales o de relaciones con la Administración central, el Estatuto de 1936 establecía que debía llevarla a cabo el Parlamento de Galicia y ser sometida posteriormente a referéndum.

En el caso de que la reforma no se encuadrara en el primero de los supuestos descritos, el procedimiento variaba según la iniciativa hubiese partido de Galicia o del Estado, estableciéndose para ello distintas fases, si bien el referéndum final era inexcusable.

El antecedente del Tribunal Constitucional español actual, que en la Constitución republicana se denominaba Tribunal de Garantías Constitucionales, era competente para determinar una eventual disputa entre el Estado y Galicia en relación con el tipo de reforma que se suscitase, aspecto este que en la actualidad queda dentro del ámbito estrictamente parlamentario.

En lo tocante a la evolución reciente en el proceso de elaboración del Estatuto de 1981, hay que subrayar que el documento más destacado constituido por el Estatuto de los 16 contemplaba un único procedimiento para la reforma y establecía, además, una cláusula de intangibilidad, esto es, la limitación de la reforma estatutaria en relación con ciertas materias, en concreto con aquellas que pudieran suponer una discriminación de la capacidad y competencia de autogobierno de Galicia o de los derechos o deberes fundamentales de los ciudadanos gallegos.

Respecto del procedimiento, el Proyecto de los 16 preveía la aprobación por dos tercios en

primera votación y mayoría absoluta en segunda por parte del Parlamento, y posterior referéndum popular. Obviamente, en un momento final las Cortes Generales serían quienes aprobasen la reforma mediante ley orgánica. Singularidad destacada es la previsión de que la reforma estatutaria pudiera provenir de una iniciativa popular, aspecto este que transmite una sensibilidad con este instrumento de democracia directa muy cercana a iniciativas recientes en el ámbito europeo (Reglamento 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero, sobre iniciativa ciudadana).

La iniciativa popular para la tramitación de la reforma también aparecía en el texto del anteproyecto del Estatuto de la asamblea de parlamentarios, aunque posteriormente en el dictamen de la comisión constitucional del Congreso desaparece y se atribuye la iniciativa a las Cortes Generales, describiendo que en la reforma de los estatutos en las nacionalidades históricas y en los estatutos de otras comunidades autónomas se seguiría ese trámite.

La reforma estatutaria prevista en el título V del texto gallego se identifica fundamentalmente con las normas previstas en los artículos 46 y 47 del Estatuto para el País Vasco. De este modo, existe una doble vía ordinaria y extraordinaria en común en ambos textos estatutarios, pudiendo, eso sí, subrayarse que en el caso gallego la mayoría parlamentaria exigida es de los dos tercios de los diputados, mientras que en el País Vasco solo se exige la mayoría absoluta. Esta diferencia en el quórum resultó clave en la VII Legislatura del Parlamento gallego para la imposibilidad procedimental de llevar a cabo la reforma. Además, también el Estatuto gallego es más renuente a la reforma cuando establece que la falta de aprobación parlamentaria o la no confirmación por referéndum impedirá que la propuesta de reforma sea nuevamente sometida a debate y votación de la Cámara, mientras no transcurra un año.

El Estatuto de autonomía para Galicia regula, en sus artículos 56 y 57, el procedimiento de reforma, dedicando respectivamente el primero de estos artículos al procedimiento que se puede llamar ordinario y el segundo al procedimiento especial.

#### **Artículo 56:**

1. La reforma del Estatuto se ajustará al siguiente procedimiento:

- a) La iniciativa de reforma corresponderá a la Xunta, al Parlamento gallego, a propuesta de una quinta parte de sus miembros, o a las Cortes Generales
- b) La propuesta de reforma requerirá, en todo caso:
  - La aprobación del Parlamento gallego por mayoría de dos tercios
  - La aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica
  - El referéndum positivo de los electores
2. Si la propuesta de reforma no es aprobada por el Parlamento gallego o por las Cortes Generales o no es confirmada mediante referéndum por el cuerpo electoral, no podrá ser sometida nuevamente a debate y votación del Parlamento hasta que haya transcurrido un año.
3. La aprobación de la reforma por las Cortes Generales, mediante ley orgánica, incluirá la autorización del Estado para que la Comunidad Autónoma gallega convoque el referéndum a que se refiere el párrafo b) del apartado 1 de este artículo.

### **Artículo 57:**

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cuando la reforma tuviera por objeto la simple alteración de la organización de los poderes de la CA y no afectara a las relaciones de las CCAA con el Estado, se podrá proceder de la siguiente manera:

- a) Elaboración del proyecto de reforma por el Parlamento de Galicia
- b) Consulta a las Cortes Generales
- c) Si en el plazo de 30 días a partir de la recepción de la consulta prevista en el apartado precedente, las Cortes Generales no se declarasen afectadas por la reforma, se convocará, debidamente autorizado, un referéndum sobre el texto propuesto
- d) Se requerirá finalmente la aprobación de las Cortes Generales mediante ley orgánica.
- e) Si en el plazo señalado en la letra c) las Cortes se declarasen afectadas por la reforma, ésta habrá de seguir el procedimiento previsto en el artículo anterior,

dándose por cumplidos los trámites del apartado a) del nº 1 del mencionado artículo.

La coincidencia en la redacción de los artículos 56 a 57 del Estatuto de Galicia es mucho mayor con los preceptos que regulaban esta cuestión en los estatutos de Cataluña y Andalucía en su redacción anterior que en la actual.

En todo caso, hay que señalar que el procedimiento gallego establece muchas reservas en relación con la posible reforma, tanto respecto de las iniciativas nacidas en la Comunidad Autónoma como aquellas que provienen del Estado. Este dato resulta llamativo en relación con el análisis de las regulaciones estatutarias de las comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por la vía gradual, previstas en el artículo 143 de la Constitución. De este modo, en estas comunidades se permite en algunos casos la participación de los municipios en el proceso de iniciativa o, cuando menos, en el momento posterior para audiencia. Este aspecto en el caso gallego fue tenido en cuenta por la vía fáctica cuando, en la Comisión de estudio para la reforma del Estatuto creada en la VII legislatura, se procedió a dar audiencia a un amplio número de entidades afectadas, también de carácter territorial.

Por otra parte, los estatutos de vía lenta establecen también una mayoría cualificada cuando la reforma supone la asunción de nuevas competencias, de tal manera que simplemente con mayoría absoluta se hace posible la ampliación competencial.

Finalmente, hay que reseñar una especialidad inexistente en el caso gallego, y que se constataba en el procedimiento del anterior estatuto valenciano, consistente en que en el supuesto de que las Cortes Generales no aprobaran la propuesta de reforma, la devolución del texto al Parlamento valenciano se haría para una deliberación, dándose cuenta en el mensaje motivado de los aspectos que habían ocasionado su rechazo y proponiendo soluciones alternativas.

Como se puede observar, la variedad de regulación autonómica es manifiesta y evidencia que el contenido de los procedimientos establecidos en el Estatuto para Galicia limita tremendamente la posibilidad de la reforma, incidiendo una vez más en la idea del consenso, ya no solo dentro de la autonomía, sino con las propias mayorías parlamentarias en las Cortes Generales.



El procedimiento ordinario está previsto en el artículo 56 del EAG. Regula este precepto varias cuestiones básicas del procedimiento:

- a. Iniciativa que es triple: Xunta, Parlamento (quinta parte de sus miembros) o Cortes Generales
- b. Aprobación de la propuesta de reforma por el Parlamento de Galicia (mayoría de dos tercios), por las Cortes Generales (mediante ley orgánica) y por referéndum positivo de los electores.
- c. Aprobación de la reforma por las Cortes Generales, que incluye la autorización para que la Comunidad Autónoma de Galicia convoque el preceptivo referéndum.

El precepto incluye además la cautela de que, en el caso de fracaso de cualquiera de las tres preceptivas aprobaciones, la propuesta de reforma quedará paralizada por lo menos durante un año.

Es necesario precisar algunos aspectos previstos en el artículo 56 del Estatuto de autonomía de Galicia para delimitar su concreto alcance.

En primer lugar, hay que decir que el procedimiento ordinario establecido en el citado artículo debe ser entendido como un canal supletorio y aplicable, por lo tanto, de manera genérica, a cualquier reforma estatutaria, con el único límite de las materias previstas en el artículo 57 del Estatuto.

En coherencia, aquellos cambios en la redacción que impliquen simplemente la organización de poderes de nuestra comunidad y que no afecten a las relaciones con el Estado, encontrarán su correcto encaje en el artículo 56 del Estatuto. Una parte importante de la doctrina autonómica entiende que el procedimiento previsto en el artículo 56 resulta de aplicación a todo el Estatuto de autonomía, incluso a materias previstas en su título I que afectan a la configuración del Parlamento unicameral, la designación del presidente de entre los parlamentarios y su posibilidad de cese por la Cámara o a la configuración electoral provincial de las elecciones al Parlamento.

Por otra parte, y en relación con el procedimiento de reforma, se ha criticado la atribución de la iniciativa a las Cortes Generales en una concepción tan autonomista como la que diseña la Constitución española de 1978. Esa legitimación del Parlamento español se

presenta como incoherente tanto desde la perspectiva de una reforma estatutaria autonomista, para la que parece más idónea que la iniciativa provenga del Gobierno o del Parlamento de Galicia, como para cualquier intento de recentralización política que pretenda limitar las competencias autonómicas. Una vez más, la llamada al necesario consenso, ya no solo entre fuerzas políticas sino también entre instituciones representativas territoriales y nacionales, resulta imprescindible cuando hablamos de reforma estatutaria.

Particulares problemas suscita la necesidad de aprobación mediante referéndum de la reforma del Estatuto, ya que esta cuestión está tratada en la Ley orgánica 2/1980, reguladora de las distintas modalidades de referéndum. Después de la experiencia en la elaboración del Estatuto de autonomía para Andalucía, resulta peligroso, desde una perspectiva de su aplicación práctica, el requisito legal de que la mayoría de votos afirmativos válidamente emitidos deba contrastarse en cada provincia, y no en la globalidad de la comunidad autónoma. Baste para ello comprobar la solución que en su momento se dio en el caso andaluz y las críticas doctrinales que trajo consigo.

El procedimiento menos rígido y más expeditivo previsto en el artículo 57 del Estatuto de autonomía para Galicia sería de utilización en los casos en los que no existieran interferencias de los poderes centrales para conseguir las reformas estatutarias de carácter propio y no relacionadas con ámbitos estatales conflictivos. Este procedimiento suscita problemas interpretativos a la hora de delimitar qué aspectos de la modificación del Estatuto afectan o no a las relaciones con el Estado. Un criterio lógico es considerar que el Parlamento español, como depositario de la soberanía nacional, es capaz de interpretar el interés general a la hora de valorar si el canal elegido es el correcto, a sabiendas de que su decisión tendrá un carácter fundamentalmente político, quedando para el Tribunal Constitucional la decisión estrictamente jurídica en el caso de suscitarse conflictividad constitucional al respecto.

El texto del Estatuto permaneció inmodificado hasta hoy en día. Consta de un título preliminar y 5 títulos que contienen 57 artículos, 4 disposiciones adicionales y 7 disposiciones transitorias.

Tan solo cabe citar, por la existencia de una previsión estatutaria al efecto, la Ley 18/2002,

de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión. En este sentido se modifica el contenido del apartado 1 de la disposición adicional primera del Estatuto de autonomía para Galicia, con el objeto de especificar los tributos que se ceden a esta Comunidad Autónoma, sin que esta modificación tenga, según la disposición citada, la consideración de reforma estatutaria.

Durante el año 2006 comenzó el proceso de estudio de la reforma del Estatuto de autonomía de Galicia mediante la solicitud, el 27 de febrero, de los grupos parlamentarios Popular, Socialistas de Galicia y del Bloque Nacionalista Galego, canalizada a través de sus respectivos portavoces, de creación de una comisión de composición proporcional bajo la denominación de Comisión de estudio de la reforma del Estatuto de autonomía de Galicia. Simultáneamente, en el mismo escrito, se solicitaba la creación en el seno de esta Comisión una ponencia conjunta paritaria para elaborar una proposición de ley de modificación de dicho Estatuto, compuesta por tres miembros titulares y un suplente por cada grupo parlamentario.

Seguidamente, el 3 de abril de 2006, se dictaron las normas de funcionamiento de la Comisión de estudio de la reforma del Estatuto de autonomía de Galicia. El 7 de abril de 2006, la mencionada Comisión aprobó su plan de trabajo, incluyendo en este la relación de comparecientes, así como los criterios de programación, organización y desarrollo de las comparecencias.

Se produjeron desencuentros pero existía voluntad de diálogo y la reforma del Estatuto estaba encaminada, tal como declaraba el Presidente de la Xunta el 16 de noviembre de 2006, tras una reunión con los líderes de los partidos políticos, quienes habían decidido agilizar los trabajos y habían puesto el mes de enero de 2007 como tope para sellar un acuerdo político básico. Tanto es así que la Ponencia para la reforma del Estatuto de autonomía se reunió de nuevo el día 11 de enero de 2007 y, al parecer, si el pacto no llegaba con las primeras semanas del año, la Comisión interrumpiría los trabajos que no se continuarían hasta después de las elecciones municipales de mayo de 2007. En las legislaturas posteriores no se han retomado los trabajos de reforma.

**XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ**

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

**TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OTRA, DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFÍA  
SELECCIONADA**

- Máiz Suárez, R. *As institucións políticas no Estatuto de autonomía para Galicia* / Ramón Maíz, Xosé A. Portero.--[Santiago de Compostela]: Parlamento de Galicia, D.L. 1988.
- Sarmiento Méndez, X. A. *Dereito parlamentario de Galicia* / Xosé Antón Sarmiento Méndez.--[Vigo]: Edicións Xerais de Galicia, [2001].
- Sarmiento Méndez, X. A. *O Estatuto de Galicia: 20 anos de parlamento e xustiza constitucionais* / Xosé Antón Sarmiento Méndez.--Vigo: Edicións Xerais de Galicia, [2003].
- Teixeira Piñeiro, Anxo. *O Parlamento de Galicia* / Anxo Teixeira Piñeiro.--Vigo: Ir Indo, D.L. 1988.
- Meilán Gil, J. L. - con Rodríguez-Arana Muñoz, J. *O Dereito estatutario galego*, Ed. Parlamento de Galicia, A Coruña, 1988.

## **TEMA 2**

**BASES FUNDAMENTALES DE LA AUTONOMÍA GALLEGA: EL TERRITORIO. LOS SÍMBOLOS. LA LENGUA Y CULTURA GALLEGAS. EL RECONOCIMIENTO DE LA GALLEGUIDAD. LA CONDICIÓN DE GALLEGO. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS: GARANTÍAS. LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS.**

## **TEMA 2. BASES FUNDAMENTALES DE LA AUTONOMÍA GALLEGA: EL TERRITORIO. LOS SÍMBOLOS. LA LENGUA Y CULTURA GALLEGAS. EL RECONOCIMIENTO DE LA GALLEGUIDAD. LA CONDICIÓN DE GALLEGO. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS: GARANTÍAS. LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS.**

### **BASES FUNDAMENTALES DE LA AUTONOMÍA GALLEGA: EL TERRITORIO**

Considerando el territorio como ámbito de validez en el ejercicio de las competencias de las comunidades autónomas, señala CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, es necesario plantearse a continuación la cuestión de si de ello ha de derivarse forzosamente la imposibilidad de todo efecto extraterritorial de las decisiones de aquellas. O, lo que es lo mismo, si el territorio constituye un límite absoluto o infranqueable en el ejercicio de las competencias autonómicas que impide todo efecto extraterritorial y que, de darse este, justificaría la competencia estatal.

Al igual que otros estatutos de autonomía, el Estatuto gallego consagró expresamente el principio de territorialidad de las competencias autonómicas. En el apartado primero del artículo 37 se determina taxativamente que “las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia se entienden referidas a su territorio”. Todas las normas atributivas de competencia a la Comunidad Autónoma conllevan siempre esta limitación territorial; como dijo el Tribunal Constitucional (Sentencia 88/1989, de 11 de mayo) “la conexión territorial de las competencias se incorpora a cada norma atributiva contenida en el Estatuto; atribución competencial que, por lo demás, en muchos casos, viene también efectuada en base al criterio del territorio”.

Cabría preguntarse, siguiendo al egregio profesor compostelano citado, pues si impide esta conexión territorial de las competencias toda producción de efectos extraterritorial en el ejercicio de las mismas.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 37/1981, de 16 de noviembre, resumió acertadamente las razones de la extraterritorialidad de los efectos de las decisiones autonómicas observando que:

- Esta limitación de la eficacia de las normas y actos no puede significar en modo

alguno, que le esté vedado por ello a sus órganos, en uso de sus competencias propias, adoptar decisiones que puedan producir consecuencias de hecho en otros lugares del territorio nacional.

- La unidad política, jurídica, económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las comunidades autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudiesen originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente, de toda la capacidad de actuación.

En suma, pues, y por las razones tan bien resumidas por nuestro Tribunal Constitucional, el territorio no se nos aparece, como ya indicaba antes, como un límite absoluto al ejercicio de las competencias autonómicas, sino que estas pueden desplegar en muchos casos una serie de efectos extraterritoriales, o si se quiere, “consecuencias de hecho”, por utilizar la misma expresión de la sentencia citada. El territorio sí es, en opinión de PRECEDO LEDO, un plano imprescindible de actuación para la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos de Galicia.

Por su parte, el artículo 2 del Estatuto de autonomía para Galicia dispone:

- “1. El territorio de Galicia es el comprendido en las actuales provincias de A Coruña, Lugo, Ourense y Pontevedra.*
- 2. La organización territorial tendrá en cuenta la distribución de la población gallega y sus formas tradicionales de convivencia y asentamiento.*
- 3. Una ley del Parlamento regulará la organización territorial propia de Galicia, de acuerdo con el presente Estatuto”.*

En relación con este precepto, resulta de interés a STC 214/1989, de 21 de diciembre, por la que el Tribunal Constitucional estudia los recursos de inconstitucionalidad interpuestos entre otros, por el Parlamento de Galicia y la Xunta de Galicia, en relación con determinados artículos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, pues, como en su día apuntó BÉRTOLO CADENAS, el ámbito territorial local es uno de los que más influencia constitucional tuvo y respecto de los que más novedades legislativas cabría esperar.

La citada sentencia afirma que la cuestión formulada por el Parlamento y la Xunta de Galicia en relación al párrafo 2º del artículo 42 exige tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 2.1 y 3, 27.2 y 40 EAG, la comarca no se configura como una entidad necesariamente integrante de la organización territorial de la Comunidad Autónoma. Este hecho, a diferencia de la opción por la que se decantaron otros estatutos (tal es el caso de Cataluña: arts. 2, 5.1 y 3 EAC), lleva consigo un efecto fundamental, consistente en que la regulación y constitución de la comarca en Galicia no puede considerarse como resultante de la potestad de autoorganización de la propia Comunidad Autónoma.

Por el contrario, consecuencia de la competencia legislativa que sobre el régimen local asumió estatutariamente, lo que sitúa la cuestión en una perspectiva singular en cuanto a la eficacia vinculante que la LRBRL pueda desplegar. El EAG optó, en efecto, por reconducir la competencia legislativa autonómica, en relación al hecho comarcal, al desarrollo de las bases legislativas estatales, dados los términos de su artículo 40.1, que, como ya se señaló, expresamente remite al artículo 27.2 de la misma norma estatutaria.

El Tribunal Constitucional concluye: "... En consecuencia, las comarcas no aparecen dotadas de ninguna garantía estatutaria, al no ser sino entes contingentes en función de la decisión que adopte el legislador autonómico, el cual, si bien podrá disponer sobre la constitución y creación de tales entes, deberá hacerlo, en todo caso, con sujeción a las exigencias determinadas por la legislación básica estatal. Legislación básica estatal a la que el propio Estatuto apela expresamente, razón por la cual, en sí mismo considerado, el artículo 42.2 LRBRL que se impugna, no puede considerarse que invada o vulnere las competencias autonómicas en la materia.

Es cierto que con lo expuesto no queda agotada la cuestión, ya que pudiera suceder que, por su contenido, el artículo 42.2 LRBRL desbordara el concepto mismo de "bases", incurriendo así en una extralimitación competencial determinante de su inaplicabilidad directa en el ámbito territorial de la CA Galicia. No obstante, no resulta apreciable ese hipotético exceso en la norma básica estatal dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE, dado que la posibilidad de que la voluntad municipal pueda llegar a impedir la constitución de una determinada comarca se proyecta en la creación de un ente que, como vimos, ni



es elemento necesario de la organización territorial de la Comunidad Autónoma ni disfruta, por ello, de garantía estatutaria ninguna. "

CARBALLEIRA RIVERA ha llamado la atención sobre las necesidades de coordinación de las administraciones públicas existentes en Galicia para una correcta gestión territorial, cuestión que autores como FERREIRA FERNÁNDEZ también entienden decisiva para la pertinente toma en cuenta del papel de la comarca en el entramado administrativo gallego.

## **LOS SÍMBOLOS**

Bandera, himno y escudo son símbolos caracterizados de la unidad política de referencia, y en tal sentido, según VILAS NOGUEIRA, postulan normalmente un régimen jurídico que asegure su protección y su uso.

El artículo 6 de nuestro Estatuto prevé:

*"1. La bandera de Galicia es blanca con una banda diagonal de color azul que la atraviesa desde el ángulo superior izquierdo hasta el inferior derecho.*

*2. Galicia tiene himno y escudo propios."*

Están regulados por la Ley 5/1984, de 29 de mayo, de símbolos de Galicia, aprobada por el Parlamento de Galicia el 23 de junio de 1984. Conforme a lo que establece el preámbulo, esta ley parte de considerar que los tres símbolos de Galicia fueron asumidos como suyos por el pueblo gallego y no hace, por lo tanto, más precisiones que:

- Fijar las estrictamente imprescindibles para un uso correcto de la bandera
- establecer definitivamente la composición del escudo
- darle carácter oficial a la letra y a la música del himno, obra de Pondal y de Veiga, respectivamente.

*"La bandera, el escudo y el himno de Galicia simbolizan su identidad como nacionalidad histórica",* determina el artículo primero de la ley.

Con respeto a la **bandera**, la norma legal se limita a regular la oficial, esto es, la que va cargada con escudo, y a hacer las previsiones precisas en lo relativo a su uso y a sus precedencias.

La bandera de Galicia es blanca con una banda diagonal de color azul que la atraviesa desde el ángulo superior izquierdo al inferior derecho. La bandera deberá llevar cargado el escudo oficial en los edificios públicos y en los actos oficiales de la Comunidad Autónoma.

Según un informe emitido por la Real Academia de la Historia en 1931, se deduce que la bandera gallega "cuenta por lo menos cuatro siglos de existencia", si bien para poder citar un hecho concreto donde se haga patente su carácter de representación de una colectividad tenemos que remontarnos a la Guerra de la Independencia Española, siendo el emblema, en aquel caso, que portaba el Batallón Universitario de Santiago.

En cuanto al **escudo**, cuando se data por vez primera y con certeza es en el "Armorial Bergshanmar", cuya recopilación data de 1436, donde se recogen unos tres mil trescientos escudos pertenecientes a Estados y familias de casi toda Europa. Allí podemos ver "en el folio cuatro vuelto... copón bien estilizado y llenando lo más posible el campo del escudo". Arriba de la composición está escrita la palabra *Galiscién* (Galicia).

JOSEPH DE AVILÉS, en su "Ciencia heroica", lo definió así posteriormente: "El reyno de Galicia en España trae campo de azur sembrado de cruces recrucetadas y a pie, fijado de oro, y un copón el cáliz cubierto de lo mismo".

El escudo de Galicia trae, en campo de azur, un cáliz de oro sumado de una hostia de plata, y acompañado de siete cruces recortadas del mismo metal, tres a cada lado y una en el centro del jefe.

El timbre, corona real, cerrada, que es un círculo de oro, engastado de piedras preciosas, compuesto de ocho florones de hojas de acanto, visibles cinco, interpoladas de perlas y de cada una de sus hojas salen 5 diademas sumadas de perlas que convergen en un mundo azur, con el semimeridiano y el ecuador de oro, sumado de cruz de oro. La corona, forrada de gules, o rojo.

El escudo de Galicia deberá figurar:

- En las banderas a las que se refiere el artículo 5 de la ley.
- En las leyes de Galicia que promulgue, en nombre del rey, el presidente de la Xunta de Galicia.

- En las placas en las fachadas de los locales de la Administración autonómica.
- En los cuños en seco y de lacre de la Comunidad Autónoma.
- En los títulos acreditativos de condecoraciones gallegas.
- En las publicaciones oficiales.
- En los documentos, impresos, cuños y cabeceras de uso oficial de la Comunidad.
- En los diplomas y títulos.

La ley declara **himno** de Galicia la composición "Os Pinos", poema de EDUARDO PONDAL y música de PASCUAL VEIGA, y establece determinadas disposiciones para el uso correcto de la bandera en las diversas circunstancias. La bandera de Galicia se utiliza:

- juntamente con la de España,
- en todos los edificios públicos del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma
- en los actos oficiales que en ella se celebren.

En cuanto a las precedencias y uso de los símbolos oficiales, se establece que la bandera de Galicia, cuando concorra solamente con la bandera de España, se situará a su izquierda desde la presidencia, si la hubiera, y a la derecha del observador. Cuando concorra además con banderas de diputaciones o cualquier otra corporación pública que utilice bandera propia, la de Galicia se situará a la derecha de la de España si el número es impar y a su izquierda si es par. Si concurre con otras banderas, estas no podrán ser de mayor tamaño que la de Galicia.

Resulta problemático que sea un artículo de la ley de símbolos de Galicia el que disponga la misma protección jurídica para los símbolos gallegos que el que las leyes estatales confieren a los símbolos del Estado "con aplicación de los mismos casos y supuestos que estas contemplan". La protección penal, como sabemos, no puede ser otorgada mediante leyes autonómicas puesto que por la naturaleza de ley orgánica que se exige en el artículo

81 de la Constitución para aquellas que limiten derechos o libertades fundamentales, deberán ser las Cortes Generales las que dispongan la protección penal de los símbolos autonómicos. Esta doctrina vino a ser asentada, en el sentido de reforzar la seguridad jurídica, por la Sentencia 118/1992 dictada por el Tribunal Constitucional el 16 de septiembre de ese año. En ella se declara la inconstitucionalidad del artículo 10 apartado 3.º de la Ley 39/1981 que presumía la publicidad en los ultrajes y ofensas a las banderas a los efectos de lo dispuesto en el antiguo artículo 123 del Código penal. Hoy en día este problema está resuelto por la actual redacción del nuevo Código Penal de 1995 (artículo 543) que tutela de manera igual los símbolos estatales y autonómicos en el ámbito sancionador.

Distinta protección es la contemplada por la disposición transitoria segunda de la Ley de símbolos de Galicia en la que, sin perjuicio de admitir la necesidad de que los símbolos gallegos a la sazón existentes deban ajustarse a lo dispuesto en la ley en el plazo de un año, permite que se mantengan los escudos existentes en edificios declarados monumentos histórico-artísticos y en aquellos otros monumentos, edificios o construcciones de los que sean parte ornamental importante o si su estructura se pudiese dañar al separar los escudos. Esta disposición resulta de polémica aplicación cuando los escudos existentes pertenecen a regímenes políticos anteriores de carácter no democrático y figuran en edificios que tienen una significación simbólica relevante en la vida pública de Galicia (así en el caso de los palacios de justicia de ciertas ciudades y villas del país).

## **LA LENGUA Y CULTURA GALLEGAS**

La lengua gallega constituye el principal patrimonio cultural de nuestra Comunidad, como señal de identificación y diferenciación de Galicia. El Estatuto de autonomía, como recordó FILGUEIRA VALVERDE en el artículo 5, la reconoce como lengua propia de los gallegos, y el artículo 4.1 de la Ley de normalización lingüística declara el gallego como lengua oficial de la Administración local.

El artículo 5 del Estatuto de Galicia dice:

*"1. La lengua propia de Galicia es el gallego.*

*2. Los idiomas gallego y castellano son oficiales en Galicia y todos tienen el derecho de conocerlos y usarlos.*

*3. Los poderes públicos de Galicia garantizarán el uso normal y oficial de los dos idiomas y potenciarán la utilización del gallego en todos los órdenes de la vida pública, cultural e informativa, y dispondrán los medios necesarios para facilitar su conocimiento.*

*4. Nadie podrá ser discriminado por razón de la lengua."*

El Decreto 79/2010, de 20 de mayo, para el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria de Galicia, da cuenta en su exposición de motivos de la evolución normativa del desarrollo de la previsión del artículo 5 del Estatuto de autonomía para Galicia.

La exposición citada describe que las lenguas constituyen un elemento básico de identidad cultural y representan un valor fundamental de cohesión de una comunidad. El artículo 3 de la Constitución española establece, en su punto 1º, que el castellano es la lengua oficial del Estado, y, en el punto 2º, que las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas comunidades autónomas de acuerdo con sus estatutos, y señala que la lengua es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección. Este punto de partida constitucional fue subrayado por GÓMEZ-REINO Y CARNOTA para demandar la necesidad de una correcta definición jurídica al respeto.

El Estatuto de autonomía de Galicia, en su artículo 5, define el gallego como lengua propia de Galicia y dispone que los idiomas gallego y castellano sean oficiales en Galicia y que todos tengan el derecho de conocerlos y usarlos. Asimismo, establece que los poderes públicos de Galicia:

- a. potenciarán el uso del gallego en todos los planos de la vida pública, cultural e informativa
- b. dispondrán de los medios necesarios para facilitar su conocimiento.

La Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística, de conformidad con las disposiciones precedentes, garantiza la igualdad del gallego y del castellano como lenguas oficiales de Galicia y posibilita la incorporación de la lengua gallega a la Administración, a la enseñanza y a los medios de comunicación públicos, favoreciendo un cambio de tendencia en su consideración social y en la incorporación del idioma a nuevas esferas de

la vida social. El artículo 14 de esta ley indica que al final de la enseñanza obligatoria se garantizará la igualdad de competencia lingüística en los dos idiomas oficiales. En esta misma línea, y desde una perspectiva más global, también se pronuncian la Carta europea de lenguas regionales y minoritarias de 1992, ratificada por el gobierno del Estado español en 2001, y el Plan general de normalización de la lengua gallega, aprobado por unanimidad en el Parlamento de Galicia en septiembre de 2004.

El Decreto 124/2007, de 28 de junio, en opinión del legislador de 2010, se orientó hacia la obtención de una competencia adecuada en lengua gallega en la enseñanza obligatoria, sin el establecimiento de un número o porcentaje mínimo de materias impartidas en lengua castellana, lo cual “podría llegar a cambiar el modelo de conjunción de lenguas desarrollado en Galicia desde el inicio de la autonomía y aceptado por todos los gallegos y gallegas”.

Habida cuenta lo anterior, el autor del decreto de 2010 entiende que es este el momento en el que hay que formular un nuevo marco normativo para la enseñanza no universitaria que:

- a. regule la distribución de las lenguas vehiculares de las distintas materias de estudio
- b. tenga como objetivo el de garantizar la competencia plena y en igualdad en las dos lenguas oficiales y el de conseguir la adquisición de un conocimiento efectivo en las lengua(s) extranjera(s).

Además de la normativa citada, se aprobó, con un carácter más sectorial, la Ley 5/1988, de 21 de junio, del uso del gallego como lengua oficial de Galicia por las entidades locales, cuyo contenido esencial es el siguiente.

En coherencia con los mandatos estatutarios y legales, la ley reconoce que es preciso impulsar la normalización lingüística en la Administración local, y, a este efecto, la Xunta de Galicia, en el marco de su política de promoción de la normalización lingüística, debe colaborar en la medida de lo necesario con los esfuerzos de las entidades locales en orden al uso normalizado de la lengua gallega en su documentación oficial, sin perjuicio de emplear, además, la otra lengua oficial, si así lo decide, en este caso, la respectiva entidad.

La finalidad de la ley es la de establecer un criterio normativo impulsor del progresivo

proceso de normalización del gallego en la Administración local en la búsqueda de un clima social y político que multiplique los esfuerzos que se vienen realizando para la recuperación del uso normal de nuestra lengua.

La existencia del Consello da Cultura Galega viene determinada por el [artículo 32 del Estatuto de Galicia](#), y responde a los deberes y facultades que, para la defensa y promoción de los valores culturales del pueblo gallego, corresponden a la Comunidad Autónoma. La ley 8/1983, de 8 de julio, procede a su regulación.

Como los órganos análogos de estados, comunidades y corporaciones ha de ser entendido como:

- un cuerpo asesor y consultivo,
- con capacidad de iniciativa, investigación y organización,
- dotado de personalidad jurídica y
- compuesto por miembros representativos de entidades de los diversos campos de la cultura y también por destacadas personalidades que contribuirán al desarrollo cultural de Galicia.

Las áreas de acción del Consello, como apuntó VILAS NOGUEIRA, son muy variadas. La acción cultural alcanza a las múltiples facetas de la vida del hombre y de las sociedades. Por ello, las leyes de las naciones y los tratados y convenios defienden, a coro, el derecho de todos a ser partícipes del cultivo del espíritu, a asumir sus valores vigentes, a disfrutar, generación tras generación, de los bienes de la memoria histórica y del acervo de las creaciones, a recibir el beneficio del progreso de las ciencias y de sus aplicaciones y de la protección y defensa de cuanto les es propio en los campos de la lengua, de las letras y de las artes. Un patrimonio cultural tan fecundo como el que posee y caracteriza a nuestra nacionalidad y el programa, profundo y de amplios horizontes, que tiene que ser desarrollado por nuestra comunidad requieren la formación de un órgano cualificado, tal como concibe el estatuto.

El Consello da Cultura Galega se crea en una etapa histórica en la que los poderes

públicos, lejos de distanciarse de los problemas culturales y de desatenderlos, tienden a interesarse profundamente por ellos. Por suerte, los procesos de resurgimiento de las comunidades con personalidad histórica y su autonomía legislativa y política son una forma de salvaguarda, liberación y protección cultural frente a las nivelaciones igualadoras y monopolizadoras de los poderes centralizados. En el caso de Galicia, gracias al estatuto y a las transferencias ya recibidas, la casi totalidad de la acción cultural puede ser abarcada por la Comunidad Autónoma.

El Consello que la ley crea busca valiosas colaboraciones para los órganos de la Comunidad para cumplimiento de fines y desarrollo de facultades, en los campos de la vida popular, en la fecunda eclosión de las instituciones y de los movimientos espontáneos y en el cultivo de todos los bienes del espíritu en los que se asienta nuestra identidad gallega.

Respecto de la protección del patrimonio cultural de Galicia hay que decir que los precedentes legislativos orientados a la protección y conservación del patrimonio histórico, al margen de sus profundas raíces que se hunden en el mundo romano y recorren en el tiempo un largo periplo, tienen sus huellas más recientes en la siempre meritoria y respetada Ley de 13 de mayo de 1933, fuente interminable cargada entonces de modernidad y a la que los planteamientos de los tiempos llamaron en seguida a un necesario relevo, impulsado sin duda por el nacimiento de la Constitución Española de 1978, que subraya con vehemencia el deber de proteger y difundir el patrimonio histórico al tiempo que consagra el Estado de las autonomías y la subsiguiente responsabilidad compartida en materia cultural.

Resultado de todo ello es la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español, heredera por lo tanto de la ya veterana normativa de 1933 y que, basándose en conceptos y criterios llenos de un fecundo aliento, inicia un nuevo camino. Ya poco antes, el Estatuto de autonomía de Galicia de 1981 había permitido el acceso de los poderes públicos a la responsabilidad de conservar y acrecentar su patrimonio histórico, por lo que el paso de los años fue encargándose de proporcionar sólidos pilares sobre los que levantar una segura base que permita construir una ley hija de la experiencia y la madurez.

La Ley 8/1995, del patrimonio cultural de Galicia, de 30 de octubre, es la expresión



jurídica necesaria a la especificidad que, como nacionalidad histórica, posee en materia cultural, forjada a través de los siglos y precisada en la actualidad de preservación, conservación, actualización y difusión para su disfrute social.

Se pretende con la ley adecuar a la realidad de Galicia y a sus necesidades específicas en materia de patrimonio cultural la normativa legal por la que se regirá la defensa, protección, conservación y sanciones contra las agresiones de diversa índole que este pueda sufrir. La Ley parte de un concepto amplio del patrimonio cultural de Galicia que engloba:

- el patrimonio mueble,
- el patrimonio inmueble y el
- patrimonio inmaterial, ya sea de titularidad pública o personal,
- las manifestaciones de nuestra cultura tradicional y popular.

La Ley del patrimonio cultural de Galicia tiene como finalidad esencial proteger, conservar y difundir un legado que el tiempo irá acrecentando para transmitirlo al futuro. Así, tal como se desarrolla en el título I, se crean tres categorías de bienes: los declarados de interés cultural, los catalogados y los inventariados, definidoras de la incidencia que cada uno de estos tuvo en el patrimonio de Galicia.

En tanto los primeros representan el más destacable de los bienes muebles, inmuebles e inmateriales, los catalogados son aquellos que por su singularidad llegan a definir un territorio, y los bienes inventariados, dignos de ser conservados, pasan a integrar junto con los anteriores el Inventario general del patrimonio cultural de Galicia.

1. En lo relativo al régimen general de protección y conservación, establece tres grados diferentes, emanados de las tres categorías establecidas, incidiendo de una manera más notoria en los bienes de interés cultural. De este modo, los inmuebles, especialmente los monumentos, se entienden integrados en un contexto que es su territorio, y no como elementos aislados, de la misma forma que los proyectos de intervención se conformarán con informes pluridisciplinarios dictados por profesionales

de las distintas materias para garantizar la conservación del bien, al tiempo que se dotan de un contenido claro y específico los planes de los conjuntos históricos.

2. En relación con el patrimonio arqueológico, se especifican y definen las actividades arqueológicas y las responsabilidades de las intervenciones, de la misma forma que se hace hincapié en las actuaciones urgentes, autorizaciones y todo aquello que afecta, entre otros, a los conjuntos históricos y zonas arqueológicas.
3. Define específicamente el patrimonio etnográfico e incide en la especial protección de los bienes inmateriales, así como en aquellos otros relacionados con la actividad industrial.
4. Respecto de los museos, ha de destacarse el nacimiento de la colección visitable como categoría diferenciada dentro del sistema gallego de museos, que también acoge una trama diversa entendida como red de museos. Con una organización similar, el patrimonio documental y archivos, ya en el título VII, parte de su definición estableciendo la circulación y el ciclo vital de los documentos, siendo previamente el título VI el que describe el amplio y complejo patrimonio bibliográfico.
5. Son elementos esenciales, dentro de las medidas de fomento que se desarrollan en el título VIII de la ley, la investigación, conservación, difusión, adquisición e inversión, así como los beneficios fiscales.
6. Se contempla el régimen sancionador, estableciendo tres clases de infracciones, así como las responsabilidades y los órganos competentes para hacerlas efectivas.

La Ley es también sensible al importante papel que han de jugar las corporaciones locales en materia de patrimonio cultural, por lo cual reconoce expresamente las competencias que en este sentido le determina la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. En cuanto a la Iglesia católica, la presente ley considera que es depositaria de una parte importante del patrimonio cultural de Galicia y, en ese sentido, considera una relación de contraprestación mutua para con las administraciones públicas gallegas, con el fin de garantizar la responsabilidad de su cuidado y la existencia de los medios necesarios para llevarlo a cabo.

## **EI RECONOCIMIENTO DE LA GALLEGUIDAD. LA CONDICIÓN DE GALLEGO**

CORES TRASMONTE define la condición política como un tipo jurídico establecido en los estatutos de autonomía aprobados al amparo de la Constitución española de 1978 por lo que se regula la vinculación del ciudadano de una Comunidad autónoma con su ordenamiento jurídico autonómico.

El artículo 3 del Estatuto de autonomía para Galicia dispone:

*"1. A los efectos del presente Estatuto, disfrutan de la condición política de gallegos los ciudadanos españoles que, de acuerdo con las leyes generales del Estado, tengan vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Galicia.*

*2. Como gallegos, disfrutan de los derechos políticos definidos en este Estatuto los ciudadanos españoles residentes en el extranjero que hayan tenido la última vecindad administrativa en Galicia y acrediten esta condición en el correspondiente Consulado de España. Gozarán también de estos derechos sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la Ley del Estado."*

DE FRUTOS ISABEL hizo hincapié en su día en subrayar que, en sentido jurídico, es gallego el ciudadano que vive en Galicia, entendiendo por vivir tener vecindad en ella.

Por su parte el artículo 7 del Estatuto de autonomía dice:

*"1. Las Comunidades gallegas asentadas fuera de Galicia podrán solicitar, como tales, el reconocimiento de su galleguidad entendida como el derecho a colaborar y compartir la vida social y cultural del pueblo gallego. Una ley del Parlamento regulará, sin perjuicio de las competencias del Estado, el alcance y contenido de aquel reconocimiento a dichas comunidades que en ningún caso implicará la concesión de derechos políticos.*

*2. La Comunidad Autónoma podrá solicitar del Estado español que para facilitar lo dispuesto anteriormente celebre los oportunos tratados o convenios con los Estados donde existan dichas Comunidades."*

Como señaló PÉREZ GONZÁLEZ, este precepto está en la línea del reconocimiento de un derecho de perfil sociocultural, excluida toda implicación de derechos políticos.

Las Cortes Generales aprobaron la Ley 40/2006, 14 diciembre 2006, del Estatuto de la

ciudadanía española en el exterior. El Estatuto se dicta al amparo del artículo 149.1.2ª de la Constitución Española de 1978 que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de emigración.

El Estatuto comprende cuatro títulos, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y cuatro disposiciones finales.

El título preliminar determina el objeto y la finalidad del Estatuto. El Estatuto se configura como el marco jurídico que garantiza a la ciudadanía española residente en el exterior el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales en términos de igualdad con los españoles residentes en España. Además, el Estatuto tiene como finalidad delimitar las líneas básicas de la acción protectora del Estado dirigida a los españoles residentes en el exterior y fijar el marco de cooperación y coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas en este sentido.

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley considera la actual situación del movimiento migratorio y del retorno, superando el tradicional concepto de emigración recogido en la Ley 33/1971, de 21 de julio. Respecto de su contenido, podemos subrayar los siguientes puntos, aplicables, con carácter general, al régimen jurídico de los gallegos en el exterior.

1. Relaciona una serie de objetivos encaminados a garantizar el ejercicio de los derechos y deberes de los españoles residentes en el exterior, en condiciones de igualdad con los residentes en España, atender y desarrollar actuaciones en materia de retorno y promover y fomentar el movimiento asociativo de los españoles en el exterior y la participación institucional en materia de emigración. Junto con eso se establecen los mecanismos más adecuados para la cooperación y coordinación de las administraciones públicas en este sentido.
2. Comprende una relación sistemática de derechos de los españoles que residen en el exterior, formulando, a su vez, medidas y mecanismos que hagan efectivo el ejercicio de los referidos derechos y su materialización en determinadas prestaciones. Ha de señalarse que los derechos y prestaciones que se mencionan estaban en alguna medida establecidos, si bien su regulación se encontraba en normas dispersas y de rango inferior, por lo que con el presente Estatuto se pretende consolidar su ejercicio, dotándolos de una dimensión real y efectiva al

elevarse el rango normativo que los ampara.

3. Recoge la política integral en materia de retorno. Ya en su enunciado el término integral revela la voluntad de unificar en el sentido de abarcar todos los aspectos relativos al retorno. Para ello se prevé un mecanismo específico: la Oficina Española del Retorno, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; esta oficina será la encargada de facilitar, orientar y asesorar a los españoles que decidan retornar, con el objetivo de materializar su efectiva inserción social y laboral en España. Por otra parte, se apunta la necesidad de abordar las reformas normativas necesarias que promuevan y faciliten el acceso a los españoles retornados a determinadas prestaciones, y de adoptar medidas específicas de fomento del empleo dirigidas al colectivo de españoles retornados que decidan incorporarse a nuestro mercado de trabajo.
4. Contempla los mecanismos e instrumentos de cooperación, colaboración y coordinación de las actuaciones de las distintas administraciones públicas competentes en ese ámbito, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos y deberes que el Estatuto reconoce a los españoles residentes en el exterior y a los retornados a España, esta cooperación persigue la optimización de los recursos públicos en pro de una eficaz y eficiente utilización de todos los recursos. Para facilitar estos objetivos, se prevé la constitución de una Comisión en el ámbito del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de la que formarán parte representantes de la Administración general del Estado y de las comunidades autónomas.

En otro orden de cuestiones, la disposición adicional primera crea el Portal de la Ciudadanía Española en el Exterior, como punto de información integral en internet. Por otra parte, se recoge una disposición derogatoria única, que deroga expresamente la Ley 33/1971, general de emigración, de 21 de julio, ampliamente alterada en sus fines y objetivos por la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 y cuya vigencia, en muchos aspectos, es puramente testimonial.

## **LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS: GARANTÍAS**

El artículo 4 del Estatuto gallego dispone:

*"1. Los derechos, libertades y deberes fundamentales de los gallegos son los establecidos en la Constitución.*

*2. Corresponde a los poderes públicos de Galicia promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los gallegos en la vida política, económica, cultural y social.*

*3. Los poderes públicos de la Comunidad Autónoma asumen, como uno de los principios rectores de su política social y económica, el derecho de los gallegos a vivir y trabajar en su propia tierra."*

Sobre estos principios y su alcance tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su relación con los "derechos de los gallegos y el reparto competencial Estado-Xunta de Galicia" con motivo de la STC 146/1986, de 25 de noviembre, por la que el Tribunal Constitucional estudia los conflictos de competencia promovidos por el Gobierno de Galicia contra el Gobierno del Estado que dictó las resoluciones de 14 de septiembre de 1983 y de 2 enero de 1985, por las que se convocan dotaciones económicas para la financiación de programas de acción social.

"... las partes del presente conflicto han centrado en buena parte la discusión en una contraposición entre "interés gallego" y el "interés general" (estatal); esta contraposición podría ser aceptable solo allí donde hubiera una eventual discrepancia de intereses, podría resultar una exigencia de equilibrar o sacrificar, en pro de la solidaridad, intereses más concretos en función de intereses más generales. Pero en una materia como la objeto de este conflicto, las medidas públicas de acción y protección social no pueden suponer colisiones de intereses, que siempre serán coincidentes; podrá haber problemas en el momento de la distribución interregional de los recursos, siempre escasos e insuficientes en este campo, pero no es esa la función que tratan de cumplir estas resoluciones.

Podrá haber discrepancias en la elección de objetivos y políticas, por la diversa orientación política que puedan asumir los gestores de una Comunidad Autónoma frente a los del Estado Central, pero, en este caso, al tratarse de competencias exclusivas, la dirección política de la Comunidad Autónoma es la que en principio debe estimarse prevalente, puesto que son las comunidades autónomas las que tienen la competencia para diseñar su

propia política de asistencia social, sin perjuicio de las competencias que al Estado correspondan en virtud del artículo 149.3, en el artículo 150.3 o, en su caso, en el artículo 149.1, pero ninguno de ellos parece relevante en el presente caso, donde tampoco se trata de imponer determinados objetivos y políticas de asistencia social. De este modo, el criterio del interés, gallego o estatal, carece de utilidad para resolver el presente conflicto”.

La acción y protección social es un tema central en un Estado Social (a la vista de los principios rectores de política social incluidos en el Cap. III, Tít. I CE), y las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo de lo social, ni de otros entes públicos, tal como sucede en particular con los entes locales, ni por parte de entidades personales, que gozan, además, de una esfera específica de libertad que consagra el inciso final del artículo 41 CE, ni tampoco por parte del Estado, respecto de aquellos problemas específicos que requieran para su adecuado estudio y tratamiento un ámbito más amplio que el de la Comunidad Autónoma y que presupongan en su concepción, e incluso en su gestión, un ámbito supracomunitario, que puede corresponder al Estado.

La sentencia 31/2010, de 28 de junio, referida al Estatuto de autonomía de Cataluña, examina los llamados «derechos estatutarios». El Tribunal Constitucional considera que, más que de auténticos derechos subjetivos, se trata de directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Tales derechos no pueden afectar a los derechos fundamentales, a los que se subordinan, y resultan vinculantes, en su caso, a través de las leyes que aprueban las comunidades autónomas en el ejercicio de sus competencias. Los titulares de estos derechos son los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, entendiendo por tales los que tengan la vecindad administrativa en su territorio. El Tribunal considera garantías de estos derechos ajustadas a la Constitución el Consejo de Garantías Estatutarias y el recurso ante el Tribunal Superior de Justicia, en este último caso conforme a las leyes procesales del Estado. En cambio, no considera al Sindic de Greuges como institución exclusiva para la supervisión de la Administración autonómica y reitera la competencia del Defensor del Pueblo del art. 54 CE para supervisar también esta.



## **LOS DERECHOS LINGÜÍSTICOS DE LOS CIUDADANOS GALLEGOS.**

Esta cuestión entra de lleno en el tema de los deberes constitucionales y el conocimiento del gallego, que fue objeto de profundos debates en nuestro derecho.

La categoría de los deberes constitucionales es analizada por la doctrina constitucionalista española fundamentalmente en relación con aquellos mandatos que la Carta Magna prevé de colaborar al sustento de las cargas públicas y a la defensa del Estado. Me resulta llamativo que se olvide con suma facilidad la proclamación de la Constitución española en la que se establece el deber de conocer el castellano para todos los ciudadanos. Este deber contenido en el artículo 3.1 de la Constitución resulta concordante, según la opinión del Tribunal Constitucional, con otras disposiciones constitucionales que reconocen la existencia de un idioma común para todos los españoles y, además, deriva de la presunción de conocimiento que tiene el español en cualquier caso, y con independencia de factores de residencia o vecindad.

El Tribunal Constitucional subrayó, en su Sentencia 84/1986, de 26 de junio, por la que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley 3/1983, de 15 de junio, del Parlamento de Galicia, de normalización lingüística, que el hecho de no establecerse en la Constitución el deber de conocimiento para las lenguas autonómicas no puede considerarse discriminatorio, ya que, a su juicio, no se producirán respecto de las lenguas autonómicas los supuestos que dan su fundamento a la obligatoriedad del conocimiento del castellano.

Además, nuestro alto Tribunal entiende que la inexistencia de un deber constitucional del conocimiento del gallego no guarda relación alguna con otras competencias autonómicas como las que se refieren al derecho de los gallegos a conocer y usar la lengua propia (artículo 27.20 del Estatuto de autonomía de Galicia) o el objetivo estatutario de garantizar su uso normal y oficial (artículo 5.3 EAG). Sin embargo, la propia doctrina española (PRIETO DE PEDRO) también reconoce indirectamente la debilidad de la regulación del artículo 3.1 de la Constitución e intenta proponer interpretaciones conciliadoras que chirrían con la letra del precepto constitucional.

La Ley de normalización lingüística contiene varios preceptos vacíos de contenido jurídico como aquel que dispone que los poderes públicos de Galicia adoptarán las medidas



oportunas para que nadie sea discriminado por razón de lengua, y también el que prevé que los ciudadanos podrán dirigirse a los jueces y tribunales para obtener la protección judicial del derecho a emplear su lengua (artículo 3, apdos. 1 y 2 de la LNL). En uno y en otro caso se trata de mandatos que se encuentran en el campo propio de contenido de leyes orgánicas de competencia estatal o bien precisan de otras normativas instrumentales ajenas a los ámbitos normativos de la Comunidad gallega.

Por el contrario, la Ley de normalización lingüística dispone de una manera indirecta la oficialidad subsidiaria del castellano cuando en su artículo 4, después de proclamar el gallego como lengua propia de Galicia, de las instituciones de la Administración autonómica, local y demás entes públicos, concluye lacónicamente diciendo que «también lo es el castellano como lengua oficial del Estado».

Esta disparidad de ubicación de las lenguas provocó en su momento, como es conocido, la declaración de inconstitucionalidad del artículo de la ley autonómica que disponía la obligatoriedad de conocimiento del gallego. El Tribunal Constitucional entiende que el principio constitucional y estatutario de igualdad se predica de los ciudadanos, y no es discriminatorio respecto de ellos la existencia de un deber de conocimiento del castellano y la inexistencia del mismo deber respecto del gallego. En este orden de cosas, MARTÍNEZ SOSPEDRA entiende que la libre determinación personal no se agota en el sistema de derechos reconocidos en la Constitución, y así, dentro de este ámbito hay que incluir, a mi juicio, la libertad lingüística y la imposibilidad de discriminación por esta causa.

El Tribunal Constitucional descarta la posibilidad de restringir el ámbito de deber del conocimiento del gallego al mundo de los valores, tal y como se demandó desde la defensa del texto legal hecha por el Parlamento de Galicia. Como puede comprobarse el Tribunal optó de manera radical por la declaración de inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad del precepto de la ley autonómica, cuando, a mi juicio, sería mucho menos traumático y respetuoso con su jurisprudencia que intenta evitar la expulsión del ordenamiento de los textos legales, dictar una sentencia interpretativa que le permitiese al Tribunal la reconducción del mandato sin sanción que contenía la Ley gallega.

Respecto del "deber" de conocer el gallego, la jurisprudencia del Tribunal es la siguiente, recogida, entre otras, en la STC de 26 de junio de 1986 por la que el Tribunal

Constitucional acuerda estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley 3/1983, de 15 de junio, del Parlamento de Galicia, de normalización lingüística.

"... Ahora bien, tal deber no viene impuesto por la Constitución y no es inherente a la cooficialidad de la lengua gallega. El artículo 3.1 CE establece un deber general de conocimiento del castellano como lengua oficial del Estado; deber que resulta concordante con otras disposiciones constitucionales que reconocen la existencia de un idioma común a todos los españoles, y cuyo conocimiento puede presumirse, en cualquier caso, independientemente de factores de residencia o vecindad. No sucede, no obstante, lo mismo con las otras lenguas españolas cooficiales en los ámbitos de las respectivas comunidades autónomas, pues el citado artículo no establece para ellas ese deber, sin que eso pueda considerarse discriminatorio, al no darse respecto de las lenguas cooficiales los supuestos antes señalados que dan su fundamento a la obligatoriedad del conocimiento del castellano.

La inexistencia de un deber constitucional de conocimiento del gallego nada tiene que ver con las previsiones del Estatuto de autonomía de Galicia (respecto del derecho de los gallegos a conocer y usar la lengua propia de su Comunidad (artículo 27.20), con el fin de garantizar su "uso normal y oficial" (artículo 5.3); pues el deber de conocimiento del gallego no es un simple instrumento para el cumplimiento de los correspondientes deberes y el ejercicio de las mencionadas competencias, como alega el representante de la Xunta de Galicia, sin perjuicio de la cual la acción pública que en tal sentido se realice pueda tener como finalidad asegurar el conocimiento de ese idioma por los ciudadanos de Galicia.

En cuanto a la argumentación en defensa del precepto impugnado fundada en la igualdad de las dos lenguas oficiales en el territorio de Galicia, pasa por alto que el principio constitucional y estatutario de igualdad se predica de los ciudadanos, y no es discriminatorio respecto de estos, como vimos antes, la existencia de un deber de conocimiento del castellano y la inexistencia de este deber respecto del gallego.

Alega ciertamente el representante del Parlamento de Galicia que el deber de conocer el gallego establecido por el impugnado apartado "carece de exigibilidad coercitiva", está

"referido al mundo de los valores", y "tendrá, pues, que interpretarse como imperativo ético que, jurídicamente, no es exigible y se traduce en un deber social de los gallegos como colectividad, dirigido más bien a los poderes públicos autonómicos". Ahora bien, tal sentido y su interpretación no se desprenden del texto del apartado en cuestión, y no resulta tampoco, por amplio que sea el margen de la facultad interpretativa de este Tribunal, del contexto de los artículos invocados. "

Otro principio básico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es el de que la ley estatal no configura el gallego como "lengua oficial residual" o de "segundo grado", y así lo recoge en la STC 56/1990, de 29 de marzo, por la que el Tribunal Constitucional estudia los recursos de inconstitucionalidad acumulados interpuestos entre otros, por la Xunta de Galicia frente a determinados preceptos de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial.

"... Queda por analizar si existe o no una vulneración del marco material definido por el bloque de constitucionalidad en materia lingüística por parte del precepto citado. A este respecto el único reproche realizado es el de considerar la lengua propia de la Comunidad Autónoma como lengua "oficial residual" o de "segundo grado". No obstante, y siguiendo de nuevo con la doctrina sentada en las resoluciones previamente citadas, y en concreto en la primera de ellas, no existe vulneración del bloque de la constitucionalidad en materia lingüística. El carácter de lengua oficial de ámbito general del castellano y el deber que todos los españoles tienen de conocerlo y el derecho de usarlo (artículo 3.1 CE) hace que esta sea la lengua generalmente usada en el ámbito de la Administración de Justicia, lo que viene a ser reconocido por el artículo 231.1 LOPJ. Ahora bien, frente a esa generalidad existen comunidades autónomas con estatuto de cooficialidad lingüística, estatuto que se traduce, entre otras cosas, en el derecho a usar la lengua propia de la Comunidad en el seno y ante las administraciones públicas, lo que para la Administración de Justicia se reconoce en los aps. 2 y 3 LOPJ. Eso supone, pues, en principio, una posición de igualdad de las dos lenguas oficiales en el seno de las correspondientes comunidades autónomas. El hecho de que se prevea, por un lado, el deber del uso del castellano para los miembros del Poder Judicial y para el personal al servicio de la Administración de Justicia a petición de alguna de las partes (ap. 2) y la necesidad de traducir en determinados supuestos

actuaciones y documentos (ap. 4) es plenamente coherente con la cooficialidad lingüística, tal y como está diseñada por el bloque de la constitucionalidad. Esto porque el derecho a no sufrir indefensión del que disfruta todo ciudadano según lo previsto por el artículo 24 CE se supedita al deber de conocimiento del castellano (artículo 3.1 CE), deber que no existe respecto del resto de las lenguas españolas.

Más recientemente se perfiló esta doctrina en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña, en la que se afirman los siguientes puntos esenciales: de un lado, la condición del catalán como lengua propia de Cataluña con las consecuencias que a esto supedita el artículo 6.1 EAC; de otro, el deber de conocimiento del catalán establecido en el artículo 6.2 EAC.

Respeto del primero, el Tribunal afirma que:

"... El artículo 6.1 EAC, además de la "lengua de uso normal", declara que el catalán como lengua propia de Cataluña es también la lengua de uso "preferente" de las administraciones públicas y de los medios de comunicación públicos de Cataluña. La diferencia de la noción de "normalidad", el concepto de "preferencia", por su propio tenor, trasciende la mera descripción de una realidad lingüística e implica la primacía de una lengua sobre otra en el territorio de la Comunidad Autónoma, imponiendo, en definitiva, la prescripción de un uso prioritario de una de ellas, en este caso, del catalán sobre el castellano, en perjuicio del equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales y que, en ningún caso, pueden tener un trato privilegiado. La definición del catalán como lengua propia de Cataluña no puede justificar la imposición estatutaria del uso preferente de aquella lengua, en detrimento del castellano, también lengua oficial en la Comunidad Autónoma, por las administraciones públicas y los medios de comunicación públicos de Cataluña, sin perjuicio, claro está, de la procedencia de que el legislador pueda adoptar, en su caso, las adecuadas y proporcionadas medidas de política lingüística tendentes a corregir, de existir, situaciones históricas de desequilibrio de una de las lenguas oficiales respecto de la otra, enmendando así la posición secundaria o de postergación que alguna de ellas hubiera podido tener. No admitiendo, por lo tanto, el inciso "y preferente" del artículo 6.1 EAC una interpretación conforme con la Constitución, ha de ser declarado inconstitucional y nulo...".

En lo tocante al deber de conocimiento, nuestro más alto intérprete opina que:

"... El artículo 6.2 EAC sería inconstitucional y nulo en su pretensión de imponer un deber de conocimiento del catalán equivalente en su sentido a lo que se desprende del deber constitucional de conocimiento del castellano. Ello no obstante, el precepto admite con naturalidad una interpretación distinta y conforme con la Constitución, toda vez que, dirigiendo el precepto un mandato a los poderes públicos de Cataluña para que adopten "las medidas necesarias" para facilitar... el cumplimiento de este deber", es evidente que solo puede tratarse de un deber "individualizado y exigible" de conocimiento del catalán, es decir, de un deber de naturaleza distinta al que tiene por objeto el castellano de acuerdo con el artículo 3.1 CE (STC 82/1986, FJ 2). No hay aquí, por lo tanto, contrapunto ninguno a la facultad del poder público de la Generalitat de utilizar exclusivamente la lengua catalana en sus relaciones con los ciudadanos, que sería improcedente, sino que se trata, aquí sí, no de un deber generalizado para todos los ciudadanos de Cataluña, sino de la imposición de un deber individual y de obligado cumplimiento que tiene su lugar específico y propio en el ámbito de la educación, según resulta del artículo 35.2 EAC, y en el de las relaciones de sujeción especial que vinculan a la Administración catalana con sus funcionarios, obligados a dar satisfacción al derecho de opción lingüística reconocido en el artículo 33.1 EAC. Si el concreto régimen jurídico de ese deber individualizado y exigible es o no conforme con la Constitución habrá de verse en el momento de examinar la constitucionalidad de dichos preceptos, también objeto del presente recurso. Importa aquí solo, no obstante, que, concebido como un deber de naturaleza distinta al que solo cabe predicar del castellano, esto es, como un deber que no es jurídicamente exigible con carácter generalizado, el deber de conocimiento del catalán tiene un objeto propio que lo justifica como mandato y que permite interpretarlo conforme a la Constitución.

Interpretado en esos términos, el artículo 6.2 EAC no es contrario a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo... ".

**XOSÉ ANTONIO SARMIENTO MÉNDEZ**

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDADE DE VIGO

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

**TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OUTRA, DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA**

- Sarmiento Méndez, X. *Manual de Dereito Constitucional*. Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo. 2010. ISBN 978-84-8158-503-2
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. *Comentarios al Estatuto de autonomía de la comunidad autónoma de Galicia* / dirigidos por José Luis Carro Fernández-Valmayor.-Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, Secretaría General Técnica [etc.], 1991.
- Cores Trasmonte, B. *Estructura política de Galicia* /--Santiago de Compostela: Tórculo, D.L. 1994.
- Fraga Iribarne, M. *Administración única: una propuesta desde Galicia* /.[1ª ed.]--Barcelona: Planeta, 1993.

## **TEMA 3**

# **ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. LAS INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO DE GALICIA: DESCRIPCIÓN. SEDE. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN GALICIA.**

### **TEMA 3. ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. LAS INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO DE GALICIA: DESCRIPCIÓN. SEDE. LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN GALICIA.**

#### **ORGANIZACIÓN POLÍTICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. LAS INSTITUCIONES DE AUTOGOBIERNO DE GALICIA.**

Respecto de la organización política de la Comunidad Autónoma de Galicia, debemos empezar señalando que el título I del EAG regula los aspectos relativos a la naturaleza, organización y funciones de los órganos de la CC.AA. gallega. El artículo 9 recoge la organización institucional y la ordenación normativa respetando como recuerda PORTERO MOLINA el esquema clásico de la división de poder.

Dicho esto, hay que destacar dos aspectos clave, por un lado, la organización institucional de la Comunidad Autónoma y, por otro, la ordenación institucional de la Xunta.

1. La organización institucional de la CA: el artículo 9 del EAG enuncia los órganos a través de los cuales se ejercerá el poder de producción normativa y el poder ejecutivo. Tienen su origen en el artículo 152.1 de la CE "la organización institucional autonómica se basará en una asamblea legislativa elegida por sufragio universal con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un consejo de gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un presidente, elegido por la asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el rey, al que corresponde la dirección del consejo de gobierno, la suprema representación de la comunidad y la ordinaria del Estado en aquella". Se refleja el principio organizativo fundamental del Estado de derecho, que es el principio de la división de poderes en su sentido flexible y no rígido, al parecer de RAMÍREZ. El capítulo I del título I del EAG contiene la regulación de las funciones, configuración y organización interna del Parlamento de Galicia, el capítulo II, la elección y funciones del presidente de la Xunta y la de sus restantes miembros, y el capítulo III se refiere a la Administración de la justicia en Galicia. La Xunta de Galicia tiene la iniciativa legislativa y una intervención relevante en el procedimiento de elaboración de las leyes. El



Parlamento de Galicia ejerce su control sobre el ejecutivo a través de la investidura, de la moción de censura y la moción de confianza, de las interpretaciones, las preguntas y las comisiones de investigación.

2. La ordenación institucional de las CA: el art. 9.2 del EAG recoge otro gran principio fundamentador del Estado de derecho, la regulación jurídica de la organización y las funciones de los órganos legislativo y ejecutivo que, conforme al principio de jerarquía normativa, deberán llevarse a cabo de acuerdo con la CE y el EAG. Tal voluntad jurídica del Parlamento tiene sus límites, el EAG, en cuanto norma fundamental del ordenamiento jurídico autonómico, y la CE, como norma suprema del ordenamiento jurídico estatal.

Descripción: el EAG dedica su título I al "Poder gallego" y, en el artículo 9, establece que "los poderes de la CC.AA. se ejercerán a través del Parlamento, de la Xunta y de su presidente", y las "leyes de Galicia ordenarán el funcionamiento de estas instituciones de acuerdo con la CE y el presente EAG".

- a) El Parlamento de Galicia o Asamblea Legislativa: el artículo 10 del EAG lo concibe como el órgano de representación gallego, titular de la potestad legislativa y de las funciones de impulso y control de la acción política y de gobierno de Galicia. La organización y funcionamiento del Parlamento gallego se regula en los artículos 11 y 12 del EAG. El artículo 11.5 del EAG regula la composición de la Asamblea.
- b) La Xunta o el Consejo de Gobierno: el artículo 16.1 del EAG nos dice "la Xunta es el órgano colegiado de gobierno de Galicia". La preeminencia de su presidente, puesta en valor por SOLÉ TURA, no quiebra dicho carácter, es consecuencia de su posición institucional. La Xunta es el supremo órgano de Galicia y el órgano superior de la Administración pública de Galicia. Dirige la política y la Administración de la CA y ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con el EAG y las leyes. El artículo 16.2 del EAG nos dice que la Xunta se compone por el presidente, el vicepresidente y los conselleiros, que constituirán conjunta y solidariamente el Consello, que ejercerá, conforme a lo establecido en la ley, las atribuciones de la Xunta, sin perjuicio de las competencias de las comisiones delegadas.

- c) El presidente de la Xunta: el artículo 151.1 de la CE nos dice que al presidente de la Xunta le corresponde, además de la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva CA y la ordinaria del Estado en aquella. El artículo 15.1 del EAG señala que el "presidente [de la Xunta] dirige y coordina la acción de la Xunta y ostenta la representación de la CA y la ordinaria del Estado en Galicia". Disfruta del mismo status que los diputados autonómicos respecto al régimen de inmunidades.

## **SEDE.**

La sede de las instituciones autonómicas.

El artículo 8 del Estatuto de autonomía para Galicia se limita a establecer una remisión legal para la aprobación de un texto en el que se fije la sede de las instituciones autonómicas. Igualmente, establece un quórum reforzado consistente en los dos tercios de los miembros del Parlamento de Galicia.

El primer problema que el intérprete del artículo referido encuentra es el de dar idónea utilización a la expresión "Instituciones autonómicas" contenida en el citado artículo del Estatuto. Cabría entender que estas instituciones autonómicas fueran las estatutarias, es decir, aquellas que aparecen citadas en el texto del Estatuto de autonomía. En esta línea interpretativa estaríamos hablando no sólo de los tres clásicos poderes del Estado sino de otras instituciones de nuevo cuño como el Valedor del Pueblo (artículo 14 del Estatuto) o el Consejo de Cuentas (artículo 53 del Estatuto).

Una visión más amplia identificaría la expresión "Instituciones autonómicas" con todas aquellas que fueran creadas por la Autonomía. Así, a las citadas habría que incorporar otras como el Consejo Económico y Social de Galicia o el Consejo Consultivo.

Por último, está la interpretación *strictu sensu*, que postula el ámbito de la ley reguladora de las sedes, respecto de las que establece el artículo 152 de la Constitución. Esta es la opción legislativa tomada por la Ley 1/1982, de 24 de junio, de fijación de la sede de las instituciones autonómicas.

En todo caso y desde mi punto de vista, el precepto estatuario resulta deficiente en

su redacción, ya que esta ausencia de claridad, como señala la doctrina italiana, atenta contra un valor fundamental del ordenamiento jurídico y, en definitiva, tuvo que ser recientemente resuelta por la Ley 4/2002, de 25 de junio, del Estatuto de la capitalidad de la ciudad de Santiago de Compostela.

El problema de la fijación de las sedes de las instituciones autonómicas recibe una solución muy heterogénea en el derecho comparado, como dice PAREJO ALFONSO, que transcribo a continuación:

- En primer lugar aparecen aquellos estatutos en los que directamente existe un pronunciamiento respecto de la capitalidad (Murcia y Navarra).
- En un segundo grupo están los que prevén la fijación de la capitalidad pero la remisión de la misma a una ley (Andalucía).
- Otro grupo de estatutos no se pronuncia sobre la capitalidad, siendo este el más numeroso (entre otros, Cataluña, Cantabria, Aragón y Madrid).
- En otro plano se encuentran aquellos que, como Asturias o Valencia, no pronunciándose sobre la capitalidad, prevén simultáneamente la posibilidad de que se establezca otro lugar por ley.
- Por último, existe el caso gallego, que es común con los estatutos del País Vasco, Castilla y León y Castilla-La Mancha, que consiste en no pronunciarse sobre la capitalidad y hacer una remisión a una ley futura, como en nuestro caso es la Ley 1/1982.

La existencia de dos leyes gallegas que afectan a la fijación de la sede de las instituciones autonómicas revela la importancia que, desde el punto de vista político, tiene la ubicación de los órganos estatutarios. Esta ubicación es particularmente delicada cuando hablamos de la sede del Parlamento, puesto que, como señaló recientemente CLAUDIO ANTONIELLO, las relaciones entre la inmunidad parlamentaria y la sede donde las cámaras desarrollan sus sesiones son obvias.

El Tribunal Constitucional español tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la fijación

de la sede de los órganos judiciales en la Comunidad Autónoma, en el contenido de su Sentencia de 29 de marzo de 1990, recaída en relación con los recursos de inconstitucionalidad acumulados, interpuestos, entre otros, por la Xunta de Galicia, frente a determinados preceptos de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial. En este sentido, el Tribunal reconoce que el artículo 152.1 de la Constitución, en su párrafo segundo, habla de supuestos y formas de participación de las comunidades autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales. La localización de la capitalidad de los órganos judiciales no es discrecional para los poderes autonómicos, existiendo, entre otros:

- Los condicionantes del propio artículo 152 y del 141.1 de la Constitución.
- El marco establecido en la Ley orgánica del poder judicial (en esta misma línea se han pronunciado las sentencias del Tribunal Constitucional 10/82 y 97/89).

El contenido de la ley gallega de fijación de la sede de las instituciones autonómicas es singularmente lacónico. Establece, por una parte, que la sede del Parlamento, de la Xunta, de su presidente y de las consellerías es Santiago de Compostela. Este desglose específico del poder ejecutivo pone de manifiesto la intención del legislador de remarcar, aun sin decirlo expresamente, la capitalidad de Santiago. Seguidamente, en el artículo segundo la ley dice que el Tribunal Superior de Justicia tendrá su sede en la ciudad de A Coruña.

Tal *corpus legislativo* necesitaba ser aclarado y completado (en contra de la opinión de VILAS NOGUEIRA) y la propia exposición de motivos de la Ley 4/2002, del Estatuto de la capitalidad de la ciudad de Santiago de Compostela, dice que busca la finalidad de completar a nivel normativo las determinaciones contenidas en la Ley 1/1982.

#### a. La base conceptual de la capitalidad.

De conformidad con lo que se preveía el artículo 89.2 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, la Ley del Estatuto de la capitalidad regula el régimen jurídico especial de Santiago de Compostela como sede de las instituciones autonómicas y por su reconocimiento como capital de Galicia.

En su articulado la Ley de 2002 contiene algunas proclamaciones repetitivas u ociosas, así como abundantes remisiones normativas. Un ejemplo claro de esto es el establecimiento de preeminencia honorífica y protocolaria para la corporación municipal compostelana, todo ello “de acuerdo con las leyes”. Una valoración más positiva merece la incorporación al citado texto de los símbolos de la ciudad de Santiago (el escudo, la bandera y los títulos que le fueron concedidos en atención a su historia y tradición).

Desde un punto de vista de técnica legislativa, resulta particularmente criticable que, en lo relativo al régimen jurídico la ley de la capitalidad, recuerde que el Ayuntamiento de Santiago tiene personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, lo que, junto a la inclusión exhaustiva del sistema de fuentes del derecho local español, hace del artículo 5 de la ley una norma inútil por obvia.

Igualmente, en lo tocante a la regulación del gallego como lengua propia del Ayuntamiento de Santiago de Compostela la Ley no supone ningún *ius novum* respecto a lo dispuesto con carácter general por la Ley de normalización lingüística de Galicia.

Las especificidades que derivan de la capitalidad llevan consigo, como en su día apuntó para el caso estatal FERNÁNDEZ DURÁN, la existencia de unos órganos propios y del reconocimiento de un ámbito de autonomía municipal reforzados. En el caso de Santiago de Compostela no se encuentran instrumentos jurídicos totalmente nuevos en la regulación de su Estatuto de capitalidad, incidiéndose una y otra vez en aspectos como los derechos de información de los ciudadanos y el acceso a la información municipal por medios telemáticos, que no son más que adopción del derecho común (artículo 35 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y Decreto autonómico regulador de los registros telemáticos, publicado en el *Diario Oficial de Galicia* de 4 de abril de 2003).

#### b. Aspectos orgánicos.

La existencia de un aparato administrativo que posibilite las relaciones del Ayuntamiento de Santiago con la Administración autonómica supone el reconocimiento, por parte de la Ley de la capitalidad, de la importancia de la distribución territorial del

poder para una buena gestión de la cosa pública. De este modo se crea el Consejo de la Capitalidad de Santiago de Compostela como un órgano colegiado de carácter permanente compuesto por representantes tanto del ámbito de la Xunta como del propio Ayuntamiento.

Un aspecto destacable de este nuevo órgano es la previsión de que emane una legislación de funcionamiento que, en todo caso, deberá prever que los acuerdos del Consejo se tomarán por consenso. Este extremo resulta profundamente problemático y puede dificultar notablemente el funcionamiento del Consejo, que sólo podrá tomar acuerdos cuando la sintonía entre administraciones sea perfecta.

Las funciones que se le otorgan al Consejo de la Capitalidad se desglosan básicamente en dos grupos. Por una parte deberá adoptar los acuerdos en relación con las materias que el propio Pleno del Consejo declare de interés concurrente para la Administración de la Xunta de Galicia y el Ayuntamiento, siempre y cuando tengan relación con las funciones de la ciudad como capital de Galicia. Por otra parte, también el Consejo de la Capitalidad estudiará y evaluará los costes que supone para la ciudad de Santiago su condición de capital de Galicia. La ley prevé expresamente la fijación de instrumentos de compensación con esta finalidad.

No cabe duda de que los aspectos económicos y de financiación de la capital están en el meollo de la regulación legal, y en este sentido, como reconocen HÄUSSERMANN & SIMONS, la importancia de la coyuntura económica en la estructuración de las nuevas capitales resulta esencial.

La implementación orgánica de las medidas que acabo de comentar puede llevar consigo la creación de un consorcio entre el Ayuntamiento de Santiago y los ayuntamientos limítrofes, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Administración local de Galicia. Este y otros instrumentos servirán para llevar a cabo, cuando menos, cinco políticas públicas sectoriales que la Ley de la capitalidad se encarga de recoger.

- a) Actuaciones en materia de patrimonio histórico-artístico. Con esta finalidad la Xunta remitirá al Consejo de la Capitalidad una programación anual de las actuaciones

tendientes a la conservación y rehabilitación del patrimonio histórico y monumental.

- b) Política de ordenación del territorio. Resulta particularmente decisiva la ordenación urbanística de una ciudad de tamaño medio y que tiene que dar respuesta a la localización de numerosos edificios para organismos públicos.
- c) Previsiones en materia de seguridad pública. En este punto la ley se muestra respetuosa con lo dispuesto en la legislación estatal orgánica de cuerpos y fuerzas de seguridad y también establecido en la Ley autonómica de coordinación de la policías locales de Galicia.
- d) En el marco de la Ley de coordinación de transportes por carretera de Galicia, deberá asegurarse la prestación de este servicio público en el ámbito del área de Santiago de Compostela.
- e) En relación con el turismo, Santiago de Compostela tiene *ex lege* la condición de municipio turístico prevista con carácter general en la Ley de ordenación del turismo de Galicia, que dispone también la posibilidad de establecer convenios al amparo del artículo 91.1 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de la Administración local de Galicia.

La última previsión legal de la Ley reguladora de la capitalidad no es por ello menos importante. Me estoy refiriendo a la necesidad de fijar un apartado específico en los presupuestos de la Comunidad Autónoma por la condición de capital de Galicia de la ciudad de Santiago. A tal efecto, antes de la elaboración del proyecto de Ley de presupuestos, el Consejo de la Capitalidad podrá emitir el correspondiente informe. Coincido con CARAMÉS VIEITEZ en que la Administración local precisa de contar cada vez más con la participación del sector privado en la dinamización de la gestión del ámbito local, y por ello las previsiones presupuestarias no deben de ser meras subvenciones, sino políticas públicas globales que favorezcan el desarrollo de la capital y, por ende, de toda Galicia.

## **LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA DE GALICIA**

El capítulo III del título I del EAG tiene como firma "De la Administración de justicia de

Galicia". Aunque pueda parecer que en las CC.AA. se articula un poder judicial, tal impresión no tiene fundamento ninguno, como apunta APARICIO PÉREZ. El artículo 152.1 de la CE reconoce expresamente la independencia del poder judicial y su unidad. Hay una manifiesta imposibilidad de estructurar un poder judicial de las CC.AA. Las razones serían las siguientes:

- La participación de las CC.AA. en toda materia relacionada con la Administración de justicia deberá hacerse con los criterios y en el marco de la CE y de la Ley orgánica del poder judicial.
- Por consagración constitucional del principio de unidad de poder judicial español.
- Por la existencia de un cuerpo unido de jueces y magistrados de carrera y un único órgano de Gobierno del poder judicial.
- Los tribunales superiores de justicia no integran una jurisdicción especial, aunque deban aplicar un derecho propio de la Comunidad.

El artículo 21 del EAG dispone que el "TSJG, en el que se integrará la Audiencia Territorial, es el órgano jurisdiccional en que culminará la organización judicial en su ámbito territorial, y ante el cual se rematarán las sucesivas instancias procesales, en los términos del artículo 152 de la CE y de acuerdo con el presente Estatuto". La Audiencia Territorial de Galicia será la base del futuro TSJG, una idea que les parece afortunada a autores como MORENO CATENA.

La LOPJ contiene normas relativas al TSJ:

- a) El art. 7.1 de la LOPJ señala que el TSJ tomará el nombre de la CA (TSJG) y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de esta. Los criterios para fijar la sede se determinan en la disposición adicional segunda de la LOPJ
- b) Composición: el TSJG estará integrado por tres salas, de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social (no puede olvidársenos mencionar la posibilidad de creación de varias secciones dentro de cada sala).



- c) El artículo 23.2 del EAG establece que el "nombramiento de los magistrados, jueces y secretarios del TSJ será efectuado en la forma prevista en las leyes orgánicas del poder judicial y del Consejo General del Poder Judicial. La responsabilidad se dilucidará ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Supremo.
- d) Las competencias se regulan en la LOPJ y en el EAG. En este último texto se recogen de este modo:

La competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende:

- En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de derecho civil gallego.
- En el orden penal y social, a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y de revisión.
- En el orden contencioso-administrativo, a todas las instancias y grados, cuando se trate de actos dictados por la Xunta y por la Administración de Galicia, en las materias cuya legislación corresponda en exclusiva a la Comunidad Autónoma y la que, de acuerdo con la ley de dicha jurisdicción, le corresponda en relación con los actos dictados por la Administración del Estado en Galicia.
- A las cuestiones de competencia entre órganos judiciales en Galicia.
- A los recursos sobre calificación de documentos referentes al derecho privativo gallego que deban tener acceso a los registros de la propiedad.
- En las restantes materias se podrán interponer, cuando proceda ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación o el que corresponda según las leyes del Estado y, en su caso, el de revisión. El Tribunal Supremo resolverá también los conflictos de competencia y jurisdicción entre los tribunales de Galicia y los del resto de España.

Por su parte, la Ley orgánica del poder judicial dispone que el Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma culmine la organización judicial en el ámbito territorial de aquella, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo.

El Tribunal Superior de Justicia tomará el nombre de la comunidad autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de esta.

1. El Tribunal Superior de Justicia estará integrado por las siguientes salas: de lo Civil y Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social.

2. Se compondrá de un presidente, que lo será también de su Sala de lo Civil y Penal, y tendrá la consideración de magistrado del Tribunal Supremo mientras desempeñe el cargo; de los presidentes de sala y de los magistrados que determine la ley para cada una de las salas y, en su caso, de las secciones que puedan dentro de ellas crearse.

● **La Sala de lo Civil y Penal** del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil. MORENO CATENA opina que tiene escasas atribuciones, entre las que se encuentran:

a) Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente estatuto de autonomía haya previsto esta atribución.

b) Del recurso extraordinario de revisión que establezca la ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, en materia de derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad autónoma, si el correspondiente estatuto de autonomía ha previsto esta atribución.

c) De las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley, así como de las peticiones de exequátur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal.

Esta Sala de lo Civil conocerá igualmente:

a) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas contra el presidente y miembros del

consejo de gobierno de la comunidad autónoma y contra los miembros de la asamblea legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los estatutos de autonomía, al Tribunal Supremo.

b) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, contra todos o la mayor parte de los magistrados de una audiencia provincial o de cualesquiera de sus secciones.

c) De las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma que no tenga otro superior común.

Como Sala de lo Penal, corresponde a esta sala:

a) El conocimiento de las causas penales que los estatutos de autonomía reservan al conocimiento de los tribunales superiores de justicia.

b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la comunidad autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.

c) El conocimiento de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas en primera instancia por las audiencias provinciales, así como el de todos aquellos previstos por las leyes.

d) La decisión de las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden penal con sede en la comunidad autónoma que no tengan otro superior común.

e) De los procedimientos de decomiso autónomo por los delitos para cuyo conocimiento sean competentes.

• **Las salas de lo contencioso-administrativo** de los tribunales superiores de justicia conocerán, en única instancia, de los recursos que se deduzcan en relación con:

a) Los actos de las entidades locales y de las administraciones de las comunidades

autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los juzgados de lo contencioso-administrativo.

b) Las disposiciones generales emanadas de las comunidades autónomas y de las entidades locales.

c) Los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial.

d) Los actos y resoluciones dictados por los tribunales económico-administrativos regionales y locales que pongan fin a la vía económico-administrativa.

e) Las resoluciones dictadas en alzada por el Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos.

f) Los actos y disposiciones de las juntas electorales provinciales y de comunidades autónomas, así como los recursos contencioso-electorales contra acuerdos de las juntas electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de presidentes de corporaciones locales en los términos de la legislación electoral.

g) Los convenios entre administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente comunidad autónoma.

h) La prohibición o la propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley orgánica reguladora del derecho de reunión.

i) Los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración general del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior a ministro o secretario de Estado, en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.

j) Cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional.

Conocerán, en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra sentencias y autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo y de los correspondientes recursos de queja.

También les corresponde, con arreglo a lo establecido en esta ley, el conocimiento de los recursos de revisión contra las sentencias firmes de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

Conocerán de las cuestiones de competencia entre los juzgados de lo contencioso-administrativo con sede en la comunidad autónoma.

Conocerán del recurso de casación para la unificación de doctrina en los casos previstos en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Conocerán del recurso de casación en interés de la ley en los casos previstos en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

● **La Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia conocerá:

1.º En única instancia, de los procesos que la ley establezca sobre controversias que afecten a intereses de los trabajadores y empresarios en un ámbito superior al de un juzgado de lo social y no superior al de la comunidad autónoma.

2.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los juzgados de lo social de la comunidad autónoma, así como de los recursos de suplicación y los demás que prevé la ley contra las resoluciones de los juzgados de lo mercantil de la comunidad autónoma en materia laboral, y las que resuelvan los incidentes concursales que versen sobre la misma materia.

3.º De las cuestiones de competencia que se susciten entre los juzgados de lo social de la comunidad autónoma.

La Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, de 28 de junio, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña vino a perfilar algunos aspectos del alcance de la Administración de justicia en el ámbito autonómico.

1. La primera cuestión es la constitucionalidad de la competencia establecida en el Estatuto para que el Tribunal Superior pueda tutelar los derechos reconocidos por el presente Estatuto de autonomía.

"...Por lo demás, descartada la inconstitucionalidad de los arts. 37 y 38 EAC en fundamentos precedentes (fundamentos jurídicos 26 y 27), decae por las mismas razones la objeción formulada al artículo 95.1 EAC, en cuanto que este signifique la posible creación de un recurso de amparo para la defensa de derechos estatutarios equiparados a los fundamentales. En efecto, tampoco el artículo 95.1 EAC implica la introducción de innovaciones "procesales" ni supone una alteración de las "reglas procesales comúnmente aplicables" en materia de protección de derechos, sino que, por el contrario, partiendo de un sistema procesal de garantía de los derechos y libertades dispuesto y regulado por el legislador del Estado en ejercicio de sus competencias propias, el precepto cuestionado asume la condición del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña como órgano jurisdiccional al que corresponden en aquel sistema determinadas funciones de protección de derechos subjetivos; funciones a las que el Estatuto quiere hacer referencia expresa por relación a los derechos que el propio Estatuto reconoce, con la salvedad, en todo caso, de que los términos concretos en que esa genérica condición haya de materializarse para el caso de los derechos estatutarios serán, en definitiva, los que resulten de los "procedimientos establecidos en las leyes" (artículo 38.2 EAC), que sólo pueden ser las del Estado..."

2. La segunda cuestión de interés trata de la posibilidad de que el TSJ sea la última instancia jurisdiccional de todos los procesos iniciados en Cataluña, así como de todos los recursos que se tramiten en su ámbito territorial, sea cual sea el derecho invocado como aplicable, de acuerdo con la Ley orgánica del poder judicial y sin perjuicio de la competencia reservada al Tribunal Supremo para la unificación de doctrina", respetando que la "Ley orgánica del poder judicial determinará el alcance y contenido de los indicados recursos".

El Tribunal entiende que nada de esto se contradice con el artículo 95.2 EAC, que en

un recto entendimiento de sus palabras:

a. no atribuye al Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de todos los posibles recursos tramitados en su territorio,

b. ni hace de ella la última instancia de todos los procesos en todo caso, sino que sólo le reconoce -dada su posición como órgano jurisdiccional con el que culmina la organización judicial del Estado en Cataluña, según recuerda el artículo 95.1 EAC- la condición de última instancia posible a los fines de cumplir con el mandato constitucional de que las sucesivas instancias procesales se agoten ante órganos judiciales radicados en Cataluña (artículo 152.1 CE), sin excluir con eso que, si es el caso, ese agotamiento pueda realizarse en órganos judiciales inferiores del mismo territorio, lo que siempre corresponderá determinar a la Ley orgánica del poder judicial, norma que el mismo artículo 95.2 EAC asume como la competente para determinar "el alcance y contenido de los indicados recursos". En consecuencia, ha de ser desestimada en este extremo la impugnación del artículo 95.2 EAC.

"...Distinto es lo que sucede respecto de la salvedad hecha en el precepto a "la competencia reservada al Tribunal Supremo para la unificación de doctrina". Ni el Estatuto puede contraer la competencia de ese Tribunal al conocimiento de un determinado recurso jurisdiccional ni definir, al margen de cualquier recurso, las competencias jurisdiccionales del Tribunal Supremo, pues es evidente que la Ley orgánica del poder judicial es la única norma constitucionalmente habilitada para determinar los procesos y recursos que son de la competencia de los órganos judiciales, sin exclusión, naturalmente, del propio Tribunal Supremo.

Cabe entender que con la expresión "unificación de doctrina" no se hace referencia en el Estatuto a un concreto recurso procesal ni se delimita la función del Tribunal Supremo, sino que simplemente se alude, sin posibilidad de reducirla, a la labor característica y propia del mencionado Tribunal en tanto que órgano jurisdiccional "superior en todas las órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales" (artículo 123.1 CE). Labor cifrada en la reducción a unidad del ejercicio de la jurisdicción por el conjunto orgánico de la pluralidad de los juzgados y tribunales en

los que se estructura y organiza el poder judicial del Estado. Siendo esa específicamente la función cuyo ejercicio define al Tribunal Supremo como el superior en todos los órdenes judiciales, el artículo 95.2 EAC ha de interpretarse en el sentido de que con la unificación "de doctrina" no puede definir el Estatuto la función jurisdiccional del Tribunal Supremo ni se limita la configuración de esta por la Ley orgánica del poder judicial, ni se hace referencia a un recurso procesal específico, sino sólo a aquella función reservada al Tribunal Supremo y referida en el Estatuto por relación a su resultado -la unificación de la doctrina de todos los órganos judiciales, esto es, con mayor propiedad, la unificación de la aplicación e interpretación del derecho-, alcanzado mediante una orden de recursos procesales que sólo a la Ley orgánica del poder judicial corresponde establecer.

Interpretado en esos términos, el inciso "para la unificación de doctrina" del artículo 95.2 no es contrario a la Constitución, y así se dispondrá en el fallo... "

3. La tercera decisión de interés tiene relación con atribuir al Tribunal Superior de Justicia "la resolución de los recursos extraordinarios de revisión que autorice la ley contra las resoluciones firmes dictadas por los órganos judiciales de Cataluña".

El Tribunal dice que "...Siendo evidente que la ley en cuestión sólo puede ser, una vez más, la orgánica del poder judicial, nada puede oponerse a la constitucionalidad del precepto, en el bien entendido de que será siempre esa ley orgánica la que, además de disponer los supuestos en que caben aquellos recursos extraordinarios, disponga también los supuestos en que su resolución corresponda al Tribunal Superior de Justicia, quedando así este órgano judicial autorizado para su conocimiento, según prevé el artículo 95.4 EAC. No estamos, por lo tanto, ante una norma estatutaria atributiva de competencias judiciales, sino ante un precepto que asume, sin condición, cuanto sobre esa materia decida, con perfecta libertad, el legislador estatal competente..."

4. La cuarta cuestión de interés tiene que ver con la figura del fiscal superior de comunidad autónoma y su regulación estatutaria, a este respecto se apunta:

"...El respeto al procedimiento de designación del fiscal superior no se ve



perjudicado en absoluto por el hecho de que el artículo 96.2 EAC disponga que el presidente de la Generalitat ordena la publicación de su nombramiento en el diario oficial de la Generalitat, pues es obvio que la única publicación relevante a los fines de la perfección jurídica del nombramiento es la verificada en el *Boletín Oficial del Estado*, cumpliendo así la realizada en el diario de la Generalitat una labor de coadyuvar al mayor conocimiento de aquel acto.

El apartado 3 del artículo 96 EAC prevé el envío por el fiscal superior a distintas instituciones autonómicas de una copia de la memoria anual de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Los recurrentes no se detuvieron específicamente en este punto, sin que sea fácil advertir en qué medida esta previsión puede redundar en la indebida territorialización del Ministerio Fiscal o en la invasión de la reserva de ley establecida en el artículo 124 CE, único fundamento invocado en el recurso para la impugnación *in abstracto* de la totalidad del artículo 96 EAC. En todo caso, la previsión de que la copia de la memoria se presente ante el Parlamento de la Comunidad Autónoma se considera también expresamente en el artículo 11.2 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y es una manifestación de las relaciones institucionales del Ministerio Fiscal con las instituciones públicas que, en su dimensión puramente informativa, no puede implicar, por definición, ningún control por parte de la Cámara sobre la actuación del Fiscal Superior”.

Además, el apartado 4 del artículo 96 EAC se limita a recordar que las funciones del fiscal superior "son las que establece el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal", lo que no puede ser más respetuoso con la reserva del artículo 124.3 CE, siendo, en fin, evidente que la posibilidad de que la Generalitat celebre convenios con el Ministerio Fiscal, según concluye el apartado 4 examinado, no supone para este la imposición de un deber incompatible con su posición y autonomía institucionales.

5. En lo relativo a la regulación del Consejo Catalán de la Justicia, el Tribunal Constitucional afirma:

"...En esas condiciones, es obvia la infracción de los arts. 122.2 CE y 149.1.5 CE, según es doctrina reiterada (por todas, STC 253/2005, de 11 de octubre, FJ 5), pues ningún órgano, salvo el Consejo General del Poder Judicial, puede ejercer la función de

gobierno de los órganos jurisdiccionales integrados en el poder judicial, exclusivo del Estado, ni otra ley que no sea la orgánica del poder judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel consejo dando cabida, en lo que ahora interesa y en su caso, a eventuales fórmulas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico con los límites constitucionales antes expresados.

Ahora bien, la impropiedad constitucional de un órgano autonómico calificado en los términos del artículo 97 EAC no significa fatalmente la inconstitucionalidad misma del órgano en tela de juicio, pues sólo si todas y cada una de sus concretas atribuciones se correspondieran, además, con esa calificación impropia, sería inevitable la inconstitucionalidad y nulidad de un órgano cuya existencia sólo tendría razón de ser para el ejercicio de unas labores constitucionalmente inaceptables. El artículo 97 EAC es, por lo tanto, inconstitucional en la medida que califica al Consejo de Justicia de Cataluña como órgano "de gobierno del poder judicial" que "actúa como órgano desconcentrado del Consejo General del Poder Judicial". La pervivencia del Consejo de Justicia de Cataluña, una vez excluida su inconstitucional conceptualización, dependerá del juicio que merezcan las atribuciones que se le confieren en el artículo 98 EAC.

En todo caso, la inconstitucionalidad de principio advertida ya en el artículo 97 EAC ha de implicar, por conexión o consecuencia, la de los arts. 98.3 y 100.1 EAC, no impugnados, en cuanto el primero parte de la posibilidad de que el Consejo de Justicia dicte resoluciones en materia de nombramientos, autorizaciones, licencias y permisos de jueces y magistrados y toda vez que la recurribilidad en alzada de determinados actos del Consejo de Justicia de Cataluña ante el Consejo General del Poder Judicial resulta lógicamente de la definición de aquel como órgano desconcentrado de este último..."

6. En el tema concreto de las atribuciones del Consejo Autonómico de Justicia, la opinión del máximo intérprete de la Constitución es:

"...La cuestión determinante será, por lo tanto, cuáles son, en cada caso, las competencias atribuidas directamente en el propio Estatuto, siendo evidente que respecto de las que se puedan contemplar en su momento en "las leyes que apruebe el

Parlamento" nada podemos anticipar ahora.

Las atribuciones en las que aquí hemos de centrarnos son, pues, las relacionadas en el artículo 98.2 EAC. De ellas incurren en clara inconstitucionalidad, por tratarse de atribuciones típicas de un órgano de gobierno del poder judicial, las contempladas en los apartados a) [participación en la designación de presidentes de órganos judiciales], b) [expedición de nombramientos y cesamientos de jueces y magistrados temporales], c) [funciones disciplinarias sobre jueces y magistrados], d) [inspección de tribunales] y e) [información sobre recursos de alzada contra acuerdos de los órganos de gobierno de los tribunales y juzgados de Cataluña], que afectan, sin duda, a la función jurisdiccional propiamente dicha y a la ordenación de los elementos consubstanciales a la determinación de la garantía de la independencia en su ejercicio. La inconstitucionalidad del apartado a) implica, por conexión o consecuencia, la de la referencia en los apartados 5 y 6 del artículo 95 EAC a la participación del Consejo de Justicia en el nombramiento de los presidentes del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de sus salas”.

Por el contrario, el Tribunal Constitucional entiende que se acomodan a la Constitución las atribuciones contempladas en los apartados:

f) [“precisar y aplicar, cuando proceda, en el ámbito de Cataluña, los reglamentos del (CGPJ)”], g) [información sobre propuestas en materia de organización y demarcaciones], h) [presentación de una memoria al Parlamento] e i) [reiterativo del artículo 98.1 EAC].

En la medida en que dichas atribuciones se compadecen sin dificultad con el ámbito de las competencias asumibles por la Comunidad Autónoma en relación con la “administración de la Administración de justicia”, su ejercicio por un órgano autonómico específico como es el Consejo de Justicia de Cataluña no formula ningún reparo constitucional a la existencia de este último, en el bien entendido de que no puede ser calificado en los términos utilizados por el artículo 97 EAC.

7. Respecto a la inclusión del presidente del Tribunal Superior en el Consejo Autonómico de Justicia, el criterio contrario del Tribunal Constitucional se

plasma de este modo:

"...El artículo 99.1 EAC, que regula la composición, organización y funcionamiento del Consejo de Justicia de Cataluña, prevé la integración en él de Jueces, magistrados, fiscales o juristas de reconocido prestigio, y confiere su presidencia al presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Rechazamos en el fundamento jurídico 47 que el Consejo de Justicia de Cataluña pueda caracterizarse como un órgano de gobierno de los jueces, ya que las únicas funciones que constitucionalmente puede ejercer son las de naturaleza administrativa; por lo tanto, la integración de jueces y magistrados en su composición supondría hacer uso de la excepción considerada en el artículo 117.4 CE, que impide, por principio, que los jueces ejerzan funciones ajenas a la potestad jurisdiccional. No es el Estatuto, por las razones ya repetidas en fundamentos anteriores, la norma competente para establecer esa excepción, lo que desde luego hace en su primer inciso en relación con el presidente del Tribunal Superior de Justicia, al atribuirle la presidencia del Consejo de Justicia de Cataluña. En cuanto al resto de los componentes de este órgano, el precepto estatutario dispone que, además de por el presidente del Tribunal Superior de Justicia, estará integrado por " [...] los miembros que se nombren, de acuerdo con lo previsto por la Ley orgánica del poder judicial, entre jueces, magistrados, fiscales o juristas de reconocido prestigio". En virtud de esta remisión a la LOPJ, es al legislador orgánico al que con plena libertad le corresponde determinar entre qué profesionales de los mencionados en el precepto pueden ser nombrados los componentes del Consejo de Justicia y, en su caso, incluir entre ellos jueces y magistrados, habilitándolos, de esta forma, para el ejercicio de funciones ajenas a la potestad jurisdiccional, debiendo, por lo tanto, desestimarse en este concreto extremo a impugnación de los recurrentes.

En conclusión, el inciso "por el presidente o presidenta del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que lo preside, y" del apartado 1 del artículo 99 EAC es inconstitucional y nulo."

8. El Tribunal analiza las competencias de la Generalitat sobre la Administración de Justicia concluyendo su conformidad a la Constitución por los siguientes motivos:

"El apartado 1 del artículo 101 EAC dispone que la Generalitat puede proponer "la convocatoria de oposiciones y concursos para cubrir las plazas vacantes de magistrados, jueces y fiscales en Cataluña". Formalmente impugnado en el *petitum* del recurso, el cuerpo de la demanda se centra, no obstante, en los apartados 2 y 3 del precepto, siendo así que, por su parte, dicho apartado 3 no figura después en el *petitum*. Todo apunta a un error en la formalización de este último, por lo que no debería tenerse por impugnado el artículo 101.1 EAC. Eso no obstante, en cuanto el Consejo de Justicia de Cataluña figura entre las instituciones a las que cabe proponer aquella convocatoria, es evidente que su mención en dicho apartado debe declararse inconstitucional y nula como consecuencia de las razones que en los fundamentos jurídicos 47 y 48 nos llevaron a tener por inconstitucional la configuración del Consejo de Justicia en los arts. 97 y 98 EAC como un órgano de gobierno del poder judicial. Razones que también suponen la inconstitucionalidad del apartado 2 del artículo 101 EAC, en el que se prescribe que el Consejo de Justicia "convoca los concursos para cubrir plazas vacantes de jueces y magistrados en Cataluña en los términos establecidos en la Ley orgánica del poder judicial".

En consecuencia, son inconstitucionales y nulos los incisos "o al Consejo de Justicia de Cataluña" del artículo 101.1 EAC y del artículo 101.2 EAC.

De acuerdo con el apartado 3 del artículo 101 EAC, "[I]las pruebas de los concursos y las oposiciones regulados en el presente artículo, cuando se celebren en Cataluña, podrán realizarse en cualquiera de las dos lenguas oficiales a elección del candidato". Con notoria impropiedad, el apartado se refiere a los concursos y oposiciones "regulados" en el artículo 101 EAC, cuando es obvio que el precepto no los regula en absoluto, sino que se limita a pronunciarse sobre la capacidad de propuesta para su convocatoria (apartado 1), sobre la facultad misma de convocarlos (apartado 2) y sobre las lenguas que pueden utilizarse en las oposiciones y concursos (apartado 3), siempre y en todo caso por relación a la cobertura de plazas vacantes en Cataluña. Esta precisión es determinante para el cabal entendimiento del artículo 101.3 EAC, que no se pretende aplicable a los concursos y oposiciones celebrados en Cataluña para la cobertura de plazas vacantes en cualquier parte del territorio nacional, sino, como se desprende con claridad de su apartado 1, sólo

para las que hayan de cubrirse en esa Comunidad Autónoma y cuando las pruebas de acceso se celebren en su territorio”.

El Tribunal Constitucional entiende que el precepto:

a. no impone la utilización exclusiva del catalán,

b. se limita a permitir a los concursantes y opositores la opción por cualquiera de las dos lenguas oficiales en Cataluña, atendiendo así específicamente al derecho de los ciudadanos de Cataluña a relacionarse con la Administración pública, condición de la que participan los tribunales de oposiciones, en la lengua oficial de su elección.

El máximo intérprete de la Constitución recuerda su pronunciamiento sobre el artículo 33.3 EAC en el fundamento jurídico 21, de que el ejercicio de ese derecho en el marco de los procedimientos de acceso a la carrera judicial, así como en los de promoción y traslado, requiere la inexcusable intervención del legislador estatal, concretamente, del legislador orgánico del poder judicial a quien corresponde precisar las modalidades y requisitos de ejercicio del derecho de opción lingüística contemplado en el Estatuto.

9. Se estima, conforme a la Constitución, la regulación del personal de la Administración de justicia en Cataluña en los siguientes términos:

“...El artículo 103 EAC se refiere al personal no judicial al servicio de la Administración de justicia. Su apartado 1 atribuye a la Generalitat “la competencia normativa” sobre este, “dentro del respeto al estatuto jurídico de ese personal establecido por la Ley orgánica del poder judicial”. En lo que hace al primero, no puede admitirse que, como sostienen los recurrentes, la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma en esta materia sea precisamente la legislativa, pues “la competencia normativa” en cuestión también puede ser la reglamentaria. Por lo que se refiere a la previsión de que dicha competencia ha de ejercerse dentro del respeto al estatuto de aquel personal establecido por la Ley orgánica del poder judicial, es evidente que por sí sola excluye toda posible infracción de dicho estatuto jurídico y de la única ley competente para su regulación. Por eso, la concreta relación de materias cuya regulación se incluye en esa competencia según el propio artículo 103.1 EAC sólo puede entenderse por estricta referencia a las

previsiones de la Ley orgánica del poder judicial y conforme a ellas deben ser interpretadas y entendidas, en su contenido y en su alcance.

Lo mismo ha de decirse respecto de las funciones que el apartado 2 del artículo 103 EAC incluye en "la competencia ejecutiva y de gestión" atribuida a la Generalitat en materia de personal no judicial, pues también se trata de una competencia conferida " en los mismos términos del apartado ", esto es, por lo tanto, "dentro del respeto al estatuto jurídico de ese personal establecido por la Ley orgánica del poder judicial".

Asimismo, la posibilidad contemplada en el apartado 3 del artículo 103 EAC en punto a la creación por ley del Parlamento catalán de cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia lo es, según prevé el propio precepto, "[dentro del marco dispuesto por la Ley orgánica del poder judicial", de manera que tal creación sólo es posible si esa Ley orgánica lo permite y en los términos en que lo haga".

La atribución a la Generalitat "de competencia exclusiva sobre el personal laboral al servicio de la Administración de justicia" (artículo 103.4 EAC) sólo puede entenderse sin perjuicio de la competencia exclusiva del Estado respecto:

a. de la Administración de justicia (artículo 149.1.5 CE)

b. de la legislación laboral general (artículo 149.1.7 CE)

10. Se desestima la inconstitucionalidad de la competencia para "determinar la creación, el diseño, la organización, la dotación y la gestión de las oficinas judiciales y de los órganos y servicios de apoyo a los órganos jurisdiccionales, incluyendo la regulación de las instituciones, los institutos y los servicios de medicina forense y de toxicología.

11. El Tribunal defiende la constitucionalidad de la previsión estatutaria de regulación autonómica de la demarcación, planta y capitalidad judiciales.

**XOSÉ ANTONIO SARMIENTO MÉNDEZ**

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDADE DE VIGO

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA, EN OCTUBRE

**TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OTRA, DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFÍA  
SELECCIONADA**

Carro Fernández-Valmayor, José Luis. Sobre la potestad autonómica de autoorganización, en Civitas. Revista española de derecho administrativo - N.71 (1991), p.317-332.

Máiz Suárez, R. As institucións políticas no Estatuto de autonomía para Galicia / Ramón Maíz, José A. Portero.--[Santiago de Compostela]: Parlamento de Galicia, D.L. 1988.

Sarmiento Méndez, X. Manual de Dereito Constitucional, Servizo de Publicacións da Universidade de Vigo. 2010. ISBN 978-84-8158-503-2.

Rodríguez-Zapata Pérez, Jorge. Estructura institucional de las Comunidades Autónomas: artículo 152º / Jorge Rodríguez-Zapata Pérez..., en Comentarios a la Constitución española de 1978 / dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil. -- [Madrid]: Cortes Generales [etc.], 1996-1999. T. XI.



## **TEMA 4**

# **EL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LA XUNTA DE GALICIA Y SU PRESIDENCIA. EL CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA.**

## **TEMA 4. EL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LA XUNTA DE GALICIA Y SU PRESIDENCIA. EL CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA. .**

### **I.- EL GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA.**

#### **I.1 Introducción**

La evolución de las monarquías constitucionales (en las que los monarcas perdieron paulatinamente su poder al tiempo que los ministros conseguían mayores competencias) concluye en un desdoblamiento de competencias entre el Jefe del Estado (con funciones de representación y honoríficas) y el Gobierno o Consejo de Ministros, que ostenta el poder ejecutivo.

La mayor presencia del Gobierno en la vida política trae causa en el creciente intervencionismo del Estado, especialmente si se compara con las etapas del abstencionismo liberal.

La institución del Gobierno está constitucionalizada en los artículos 97 y siguientes de la Carta Magna. Una limitada referencia a los gobiernos de las Comunidades Autónomas se establece en el artículo 152 CE cuando se señala que la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa, un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas, y un Presidente o Presidenta. Para Galicia, dicho modelo de organización institucional de las Comunidades Autónomas se recoge en la Ley Orgánica 1/1981, del 6 de abril, del Estatuto de Autonomía para Galicia (*BOE* núm. 101, del 6 de abril), y en la Ley 1/ 1983, de 22 de febrero, Reguladora de la Xunta y de su Presidencia (*BOE* núm. 212, del 5 de septiembre), modificada por la Ley 11/1988 (*BOE* núm. 283, del 25 de noviembre), por la Ley 12/2007, del 27 de julio ( *BOE* núm 226, el 8 de agosto, por la que también se modifica la Ley 9/1995 del 10 de noviembre del Consejo Consultivo de Galicia) y por la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico (denominada LOFAXGA).

#### **I.2. La Xunta**

La Xunta es el órgano colegiado de gobierno de Galicia (artículo 16 del Estatuto de Autonomía). Como órgano superior de dirección política y administrativa encarna el poder ejecutivo y tiene funciones ejecutivas y administrativas. Al frente se sitúa el/la Presidente/-

a.

El modelo gallego podemos definirlo como un sistema parlamentario y semipresidencialista. Parlamentario porque la Presidencia es miembro del Parlamento y es investida por el mismo y porque la Xunta está sujeta al control de la Cámara. Es un sistema semipresidencialista ya que la figura del/de la Presidente/-a está reforzada por las potestades de iniciativa y decisión (p. ej., la facultad de disolver el Parlamento); pero, al tiempo, la función de gobierno de la comunidad la realiza el/la Presidente/-a asistido permanentemente por el Consello da Xunta.

Así pues, la Xunta de Galicia o Consello da Xunta es el supremo órgano político y ejecutivo de la Comunidad Autónoma y, al mismo tiempo es el órgano superior de la Administración Pública Gallega; pero, sin que se pueda identificar Administración Pública de Galicia y Xunta. Esta última distinción no es nimia, ya que el Consello da Xunta cesa en sus funciones; pero la administración siempre continúa con su actividad. Además, hay que recordar que la CE establece que las relaciones entre el Gobierno y la Administración deben de regirse por el principio de neutralidad y eficiencia (artículos 9, 103 y 105) y el de sometimiento a la Ley y al derecho (artículo 106).

Con más amplitud, el artículo 1 de la Ley de la Xunta y su Presidencia establece que la Xunta es el órgano colegiado que, bajo la dirección de su Presidencia, dirige la política general y la Administración de la Comunidad Autónoma. A tal fin, ejerce la iniciativa legislativa, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de conformidad con el Estatuto de Autonomía y las Leyes.

La Xunta está compuesta por el/-la Presidente/-a, que puede nombrar (y cesar) a los/-las Vicepresidentes/-as (que son a los que corresponde sustituir a la Presidencia en los casos establecidos en el artículo 33 de la Ley de la Xunta y de su Presidencia y asumir aquellas funciones que la Presidencia les delegue), junto con los Conselleiros y Conselleiras.

De la Presidencia de la Xunta se hablará más adelante más detenidamente. En lo que respecta a los/-las conselleiros/-as, hay que decir que tienen la doble condición de miembros del Gobierno y de jefes superiores de los departamentos (consellerías) en las que se estructura la administración de la Xunta de Galicia. Sus funciones se pueden

clasificar en:

- De administración, relacionadas con la dirección e iniciativa de los asuntos que competen a la consellería, entre las que destacan el nombramiento y cesamiento del personal, la inspección de los servicios, la firma de contratos, convenios y acuerdos, la resolución de los correspondientes recursos administrativos, la disposición del gasto, ...
- De iniciativa legislativa, en relación con los anteproyectos de ley y proyectos de decreto en materias de su competencia, destacando la preparación del anteproyecto de presupuesto de la consellería.

Son los Decretos de estructura orgánica de la Xunta de Galicia los que concretan las Consellerías existentes en cada momento, su denominación y orden de prelación.

### **I.3. Función de la Xunta de Galicia**

Las atribuciones de la Xunta se recogen en el artículo 4 de la Ley de la Xunta y de su Presidencia, pudiendo clasificarse en:

- Funciones ejecutivas o de dirección política:
  1. Establecer las directrices y desarrollar el programa de gobierno.
  2. Elaborar los presupuestos de la Comunidad Autónoma y remitirlos al Parlamento para su aprobación.

En este punto es necesario tener en cuenta que, según el Estatuto de Autonomía para Galicia (artículo 53.1º), le corresponde a la Xunta o Gobierno la elaboración y aplicación del presupuesto de la comunidad Autónoma gallega, y al Parlamento su examen, enmienda, aprobación y control.

3. Aprobar y remitir el Parlamento los Proyectos de Convenios y Acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas para la confirmación o aprobación, si es el caso.

Según el Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma podrá celebrar convenios con otras Comunidades para la gestión y prestación de servicios propios de competencia exclusiva; pero deberá comunicarlo a las Cortes

Generales (artículo 35).

4. Acordar la interposición de recursos de inconstitucionalidad, así como el planteamiento de conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional.

Téngase en cuenta que el Parlamento de Galicia tiene entre sus funciones la de interponer recursos de inconstitucionalidad (artículo 10. 1º, g del Estatuto de Autonomía).

5. Deliberar sobre la cuestión de confianza que el Presidente o Presidenta de la Xunta proponga formular al Parlamento, así como sobre la disolución de la Cámara.

6. Nombrar y destituir, por propuesta de quien ostente la titularidad de las consellerías respectivas, a los altos cargos de la Administración pública gallega de rango igual o superior a dirección general, así como a aquellos otros que legalmente se establezca. En los nombramientos se atenderá al principio de equilibrio por sexos, de acuerdo con los porcentajes y estructura que determine la propia Xunta. Téngase en cuenta que ese principio también se debe respetar en la composición del Consejo de la Xunta.

7. Crear, modificar y suprimir las Comisiones Delegadas de la Xunta.

La Xunta podrá crear por Decreto (en el que se establezca la composición y las competencias asignadas) Comisiones Delegadas para coordinar la elaboración de directrices y disposiciones, programar la política sectorial, examinar asuntos de interés interdepartamental y preparar las reuniones del Consello.

8. Determinar la estructura orgánica superior de la Vicepresidencia o Vicepresidencias y de las consellerías de la Xunta de Galicia.

9. Designar a los representantes de la Comunidad Autónoma en los organismos económicos, instituciones financieras y empresas públicas del Estado. Supervisar, de acuerdo con la Ley, la gestión de los servicios públicos y de los entes y empresas públicas dependientes de la Comunidad Autónoma.

10. Coordinar la actividad de las Diputaciones Provinciales, en cuanto afecte

directamente al interés general de la Comunidad Autónoma, y acordar la transferencia o delegación de funciones en estas (en concordancia con la previsión recogida en la Disposición Adicional Tercera 2 del Estatuto de Autonomía para Galicia).

11. Tomar conocimiento de las resoluciones del Parlamento y adoptar, si es el caso, las medidas que proceden.

12. Cualquier otra atribución que le venga conferida por alguna disposición legal o reglamentaria y, en general, deliberar acerca de aquellos asuntos cuya resolución deba revestir la forma de Decreto o que, por su importancia y repercusión en la vida de la Comunidad Autónoma exijan el conocimiento o deliberación de la Xunta.

- Funciones administrativas o de gestión:

1. Resolver los recursos en vía administrativa en los casos previstos por las Leyes.

2. Resolver mediante Decreto los conflictos de atribuciones que se susciten entre las diversas consellerías.

- Funciones normativas:

1. Aprobar los Proyectos de ley para su remisión al Parlamento y acordar, si es el caso, su retirada.

2. Dictar Decretos Legislativos en los supuestos de delegación expresa del Parlamento. Hay que recordar que, en el marco del Estatuto de Autonomía, el ejercicio de la potestad legislativa por el Parlamento puede ser delegada en la Xunta, en los términos de lo establecido en los artículos 82, 83 y 84 CE.

3. Otorgar o denegar su conformidad a la tramitación de proposiciones de ley que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios en los términos previstos en el Reglamento del Parlamento.

4. Aprobar los Reglamentos para el desarrollo y ejecución de las leyes en Galicia. Adoptar, en su caso, las medidas reglamentarias que requiera la ejecución de los Tratados y Convenios Internacionales y el cumplimiento de los Reglamentos

y directrices derivadas de aquellos

Las funciones ejecutivas de la Xunta se concretan en las actividades de iniciativa, impulso y coordinación (sujetas exclusivamente a la exigencia de responsabilidad política por el control parlamentario, que será solidaria, sin perjuicio de la responsabilidad directa de cada uno de sus miembros por su gestión –artículo 17.1º del Estatuto de Autonomía-).

Por el contrario, las funciones administrativas (incluidas las normativas) son las vinculadas con la gestión y, a diferencia de las anteriores, podrán ser enjuiciadas, en el ámbito del territorio de la comunidad, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, según lo establecido en el artículo 18 del Estatuto de Autonomía.

#### **I.4. Funcionamiento**

Las atribuciones de la Xunta serán ejercidas por el Consello, órgano colegiado que someterá su funcionamiento a los principios de unidad, colegiabilidad, participación y coordinación. El Consello designará de entre sus miembros un Secretario que dará fe de sus acuerdos y de los de las Comisiones Delegadas y librará, cuando proceda, certificación de estos.

El/la Presidente/a de la Xunta convocará el Consello. A la convocatoria se aportará el orden del día. El Consello se entenderá válidamente constituido cuando asista el/la Presidente/a, o quien lo sustituya, y, por lo menos, la mitad de sus miembros.

Los miembros del Consello están obligados a guardar secreto sobre las deliberaciones de aquel, las opiniones y, en su caso, los votos emitidos.

El/la Presidente/-a es elegido por el Parlamento entre sus miembros. Los Conselleiros y Conselleiras (y, de ser el caso, los/ las Vicepresidentes/-as) serán nombrados y cesados por la Presidencia y, en lo relativo al régimen de incompatibilidades, debe de tenerse en cuenta que no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario o, en su caso, del Senado, ni cualquiera otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad mercantil o profesional u otra que menoscabe la independencia y dignidad de su función.

El cese del/-a Presidente/-a de la Xunta comporta el de todos los miembros de esta, aunque la Xunta cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión de la nueva

Xunta (artículo 29 de la Ley da Xunta y de su Presidencia).

## **II.- LA XUNTA DE GALICIA Y SU PRESIDENCIA.**

### **II.1. Introducción**

En el pasado siglo la institución del Gobierno apenas se recogía en los códigos constitucionales, pese a que en España existía un Gobierno desde 1834, inspirado en el modelo de constitucionalismo decimonónico (siguiendo la estela del sistema francés o británico); pero, dicho Gobierno no tenía una ordenación constitucional de sus competencias u organización. La realidad era que ese Gobierno ejercía las competencias que las constituciones atribuían al monarca.

En el ordenamiento jurídico español el Gobierno era una especie de comisión del partido en el poder en la Asamblea Legislativa, teniendo por finalidad presentarle a la misma proyectos, al tiempo que se encargaba de la ejecución legislativa. Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial la consolidación del estado del bienestar, el incremento del poder de los partidos, el crecimiento de la Administración y el deterioro del Parlamento en su concepción tradicional, determinaron que los textos constitucionales posteriores al año 1945 regularan de manera detallada la institución del Gobierno.

### **II.2. La Xunta de Galicia**

De conformidad con la evolución referenciada, en la Constitución Española de 1978, ya se dedicaba el título IV a la regulación del Gobierno y de la Administración. Así es para el caso que nos ocupa, en el artículo 152.1º CE, se establece que la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa obtenida por sufragio universal, de conformidad a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; en un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y en un/una Presidente/-a, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros y nombrado por el rey, a quien corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquella. El/la Presidente/-a y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea.

La Xunta es el órgano colegiado de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Galicia. Su



regulación se encuentra en la Ley Orgánica 1/1981, del 6 de abril, del Estatuto de Autonomía para Galicia, y en la Ley 1/ 1983, de 22 de febrero, Reguladora de la Xunta y de su Presidencia (*BOE* núm. 212, del 5 de septiembre), modificada por la Ley 11/1988 (*BOE* núm. 283, del 25 de noviembre), 2/2007, de 28 de marzo (*DO. Galicia* 13 abril 2007, núm. 72) y 12/2007, del 27 de julio (*DOG* núm.153, del 8 de agosto, por la que se también se modifica la Ley 9/1995 del 10 de noviembre del Consejo Consultivo de Galicia). Hay que manifestar que las modificaciones introducidas en la ley, entre otras, establecen determinados principios básicos de la organización y funcionamiento administrativo; pero, sin perder su carácter de reguladora de instituciones y órganos políticos.

Al frente de la Xunta está su Presidente/-a, quien dirige la política general y la Administración de la Comunidad Autónoma y, a tal fin, ejerce la iniciativa legislativa, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de conformidad con el Estatuto de Autonomía y las Leyes.

La Xunta está compuesta, además de por el/-la Presidente/-a, por el/-la Vicepresidente/-a o por los/-las Vicepresidentes/-as (si los hubiera) y los/las Conselleiros/-as, constituido conjunta y colegiadamente el Consejo (que ejerce las atribuciones de la Xunta), en una reunión formal y plenaria, sometida a los principios de unidad, colegiabilidad, participación y coordinación.

Además, como ya se apuntó al hablar del Gobierno, la Xunta podrá crear en su seno Comisiones Delegadas para coordinar la elaboración de directrices y disposiciones, programar la política sectorial, examinar asuntos de interés interdepartamental y preparar las reuniones del Consello. En el régimen general de funcionamiento de las Comisiones habrá de ajustarse a los criterios establecidos en esta ley para el Consello. En todo caso, el Decreto de creación de una Comisión Delegada deberá contener la composición y Presidencia de esta y las competencias asignadas.

Para el buen orden de sus trabajos y para la preparación de los acuerdos que deban de adoptarse, el Consello da Xunta de Galicia aprobó por Decreto del 25 de mayo de 1984 (*DOG* núm. 141, del 24 de julio) su Reglamento de régimen interior, modificado por el Decreto del 25 de marzo de 1994 (*DOG* núm. 63, del 4 de abril).

A semejanza de lo recogido en el citado artículo 152.1º CE, en el Estatuto de

Autonomía para Galicia (en su artículo 17.1º) se establece que la Xunta de Galicia responde políticamente ante el Parlamento de forma solidaria (basada en la conveniencia de reforzar la cohesión del Gobierno y en el fortalecimiento de la posición del mismo frente el Parlamento), sin perjuicio de la responsabilidad directa de cada uno de sus componentes por su gestión. La exigibilidad de la responsabilidad política individualizada de los miembros del ejecutivo, es decir, la responsabilidad directa de los conselleiros/-as por su gestión, solo sería viable mediante moción de reprobación.

La Xunta cesa por causas que podemos llamar voluntarias (dimisión de su Presidente/-a) o forzosas (por la realización de elecciones al Parlamento, por la pérdida de confianza parlamentaria por medio de una moción de censura o de una cuestión de confianza y por el fallecimiento del Presidente/-a).

De una manera análoga a lo establecido en el artículo 101.2º CE, la Xunta que cesa permanece en funciones hasta que la nueva Xunta toma posesión, garantizando de este modo la continuidad del órgano de gobierno en el ejercicio de sus funciones. Un ejecutivo de esta naturaleza solo está capacitado para la adopción de las decisiones que exija la gestión ordinaria de los asuntos públicos corrientes, evitando la paralización de la maquinaria administrativa, y para abordar los asuntos de carácter urgente.

### **II.3. El/la Presidente/-a**

En concordancia con lo establecido en la CE, el Estatuto de Autonomía para Galicia señala que corresponde al Presidente o Presidenta dirigir y coordinar la acción de la Xunta de Galicia y ostentar la representación de la Comunidad Autónoma y la ordinaria del Estado en Galicia.

La regulación del/-la Presidente/-a de la Xunta de Galicia (estatus personal, elección, cese y atribuciones), se recoge en los artículos 10 a 26 de la Ley 1/ 1983, de 22 de febrero, Reguladora de la Xunta y de su Presidencia (modificada en varias ocasiones, como ya se ha indicado). Sobre la naturaleza jurídica de los Presidentes de las Comunidades Autónomas y de los consejos de Gobierno de las mismas, véase la STC 222/2006, del 6 de julio, relativa a la inconstitucionalidad de la exclusión del Lehendakari de la congelación salarial prevista para altos cargos en la Ley de Presupuestos de Euskadi para 1997 (LA LEY 70007/2006).

En lo relativo a su elección, el/la Presidente/a del Parlamento, previa consulta con las fuerzas políticas representadas parlamentariamente, y oída la Mesa, propondrá un candidato (de entre los miembros del Parlamento) a Presidente o Presidenta de la Xunta.

El/la candidato/-a presentará su programa al Parlamento y para ser elegido/-a deberá obtener mayoría absoluta en primera votación. De no obtenerla se procederá a una nueva votación veinticuatro horas después de la anterior y la confianza se entenderá otorgada si lograra la mayoría simple. Caso de no conseguir dicha mayoría, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista anteriormente. Si hubiesen transcurrido dos meses a partir de la primera votación de investidura sin que ningún candidato propuesto hubiera obtenido la confianza del Parlamento, este quedará disuelto y se procederá a la convocatoria de nuevas elecciones.

Si el Parlamento otorga su confianza al candidato, el Presidente o Presidenta lo comunicará al rey para su nombramiento, mediante Real Decreto que se publicará en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de Galicia. El elegido tomará posesión de su cargo dentro de los cinco días siguientes al de la publicación de su nombramiento

Por razón de su cargo (estatus), el/la Presidente/-a de la Xunta tiene prerrogativas y derechos (incluso con proyección posterior a su cesamiento en el puesto), delimitados por el régimen de incompatibilidades y el principio de responsabilidad. Entre los mismos se pueden señalar:

1. La preeminencia que, conforme a la alta representación de la Comunidad Autónoma y a la ordinaria del Estado en Galicia, le corresponde. Que le sean rendidas las honras pertinentes.
2. Recibir el tratamiento de Excelencia. Utilizar la bandera de Galicia como guión.
3. Ocupar la residencia oficial que se establezca, con la correspondiente dotación de personal y servicios.
4. Percibir la remuneración y gastos de representación que se establezcan por el Parlamento de Galicia y figuren en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.
5. Recibir con carácter vitalicio el tratamiento de excelente señor y las honras protocolarias y las establecidas en la legislación vigente y en las que, si es el caso, dicte la Comunidad

Autónoma. Las ex Presidentas y ex Presidentes tendrán derecho a percibir, durante dos años desde la fecha de su cese, las compensaciones económicas que se establezcan por decreto de la Xunta de Galicia. Asimismo, tendrán derecho por un período de cuatro años adicionales, si tuvieron la condición de Presidenta o Presidente durante cuatro o menos años, o por un período de diez años adicionales, si tuvieron la condición de Presidenta o Presidente durante más de cuatro años, a los medios y servicios que se establezcan por decreto de la Xunta. Este derecho será incompatible con la condición de miembro nato del Consejo Consultivo de Galicia o con el ejercicio de un cargo público que otorgue una prestación de medios y servicios de análoga naturaleza. No obstante, la Xunta de Galicia podrá prestar a las ex Presidentas y ex Presidentes los medios materiales de apoyo precisos para el ejercicio de las funciones inherentes a su condición por un período de tiempo superior al establecido en el párrafo anterior.

El Presidente o la Presidenta de la Xunta no podrá ejercer ninguna función pública que no se derive de su cargo, ni actividad mercantil o profesional o cualesquiera otras que pudieran menoscabar la independencia y dignidad de su función.

La responsabilidad política del Presidente o Presidenta de la Xunta ante el Parlamento será exigible en los términos establecidos en el Estatuto de Autonomía, en el Reglamento de la Cámara y en la Ley 1/ 1983, de 22 de febrero, Reguladora de la Xunta y de su Presidencia. Durante su mandato, y por los actos delictivos cometidos en el territorio de Galicia, no podrá ser detenido ni retenido sino que en caso de flagrante delito, no corresponde decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Fuera de dicho territorio la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala del Penal del Tribunal Supremo.

El/la Presidente/a de la Xunta cesa, tras la celebración de elecciones autonómicas, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria o por dimisión, fallecimiento o incapacidad para el ejercicio del cargo (apreciada por el Parlamento). En los supuestos de fallecimiento e incapacidad del Presidente o Presidenta, será sustituido por los Vicepresidentes, si los hubiese y, en su defecto, por el/la Conselleiro/-a que más tiempo lleve perteneciendo ininterrumpidamente a la Xunta, y, en caso de igualdad, el de más edad. El mismo orden de relevo se observará en los casos de ausencia o enfermedad

temporal del Presidente o Presidenta de la Xunta, salvo designación expresa de este.

Al Presidente o Presidenta de la Xunta, **como supremo/-a representante de la Comunidad Autónoma**, le compete:

1. Representar a esta en las relaciones con otras instituciones del Estado.
2. Suscribir los convenios y acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas.
3. Convocar elecciones al Parlamento de Galicia tras su disolución. Promulgar en nombre del Rey las Leyes de Galicia, así como, en su caso, los Decretos legislativos y ordenar su publicación.
4. El Presidente o Presidenta, bajo su exclusiva responsabilidad y previa deliberación del Consejo de la Xunta, podrá disolver el Parlamento mediante Decreto que fijará la fecha de las elecciones. Esta facultad en todo caso no se podrá ejercer cuando no transcurriese por lo menos un año desde la última disolución de la Cámara.

**Como representante ordinario del Estado en Galicia**, corresponde al Presidente/-a de la Xunta:

1. Mantener relaciones con la Delegación del Gobierno para los efectos de una mejor coordinación de las actividades del Estado en Galicia y las de la Comunidad Autónoma.
2. Ordenar la publicación en el Diario Oficial de Galicia del nombramiento del Presidente o de la Presidenta del Tribunal Superior de Justicia.
3. Ordenar la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las Leyes y de los Decretos legislativos de Galicia.

**Para la dirección y coordinación de las actividades de la Xunta** le corresponden las siguientes atribuciones:

1. Crear, modificar o suprimir mediante Decreto la Vicepresidencia o Vicepresidencias, si las hubiese, y las Consellerías, siempre que no suponga aumento de gasto público, así como nombrar y disponer el cese de los/-las Vicepresidentes/-as y Conselleiros /-as.
2. Convocar, presidir, suspender y levantar las reuniones del Consello y de las Comisiones Delegadas, así como dirigir sus deliberaciones.
3. Dirigir y coordinar la acción de Gobierno y asegurar su continuidad.

4. Velar por el cumplimiento de las directrices señaladas por la Xunta y promover o coordinar la ejecución de los acuerdos del Consello y de sus Comisiones Delegadas.
5. Asegurar la coordinación entre las distintas Consellerías.
6. Coordinar el programa legislativo de la Xunta y la elaboración de normas de carácter general.
7. Encomendar a un/-a Vicepresidente/-a o a un/-a Conselleiro /-a que se encargue del despacho de una Consellería o de la propia Presidencia, en caso de ausencia, enfermedad o impedimento del titular.
8. Formular ante el Parlamento, después de deliberación del Consello, la cuestión de confianza.
9. Presentar al Parlamento los Proyectos de ley por si mismo o a través del miembro de la Xunta designado.
10. Facilitar al Parlamento la información y documentación que este solicite de la Xunta.
11. Solicitar que el Parlamento se reúna en sesión extraordinaria.
12. Solicitar que se celebre un debate general en el Parlamento.
13. Comunicar al Parlamento la interposición de recursos de inconstitucionalidad y el planteamiento de conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional, así como el acuerdo de la Xunta de comparecer en los recursos y en las cuestiones de inconstitucionalidad que afecten a Galicia.
14. Ejercer cuantas facultades y atribuciones le correspondan conforme a las disposiciones vigentes.

### **III. EL CONSEJO CONSULTIVO DE GALICIA.**

#### **1. Antecedentes**

En la Constitución liberal de 1812, en la Constitución republicana de 1931 o en el régimen franquista (en la Ley de 25 de noviembre de 1945), se reguló una institución que con el nombre de Consejo de Estado o Consejo Real o Ejecutivo tenía por finalidad dictaminar en los asuntos gubernativos graves.

El Gobierno y la Administración de un estado de derecho se concreta en un control a posteriori de sus actuaciones; pero, también en un sistema de consulta previa a un órgano cualificado en aquellas actuaciones y disposiciones que por su importancia o complejidad así lo requieran.

En la Constitución de 1978 se establece que el Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno (artículo 107). La Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril (BOE núm. 100, de 25 de abril), del Consejo de Estado, regula su composición y competencia. El Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, fue aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio (BOE núm. 209, de 30 de agosto) y modificado posteriormente en numerosas ocasiones.

En el Estatuto de Autonomía para Galicia, a diferencia del contemplado en los Estatutos de otras Comunidades Autónomas (p.ej., el catalán), no contemplaba la creación de un órgano propio de carácter consultivo. Sin embargo, en el fallo del Tribunal Constitucional en la sentencia 204/1992, de 26 de noviembre, se reconoce que, en base a la capacidad autoorganizativa de las Comunidades Autónomas, es posible la creación de consejos consultivos superiores autonómicos. Con la publicación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (con la misma fecha de la citada STC), de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se hace expresamente referencia al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma (artículo 102.3º y 103.4º).

## **2.- El Consejo Consultivo de Galicia**

El Consejo Consultivo de Galicia fue creado por la Ley 9/1995, de 10 de noviembre. Tras varias reformas que tuvo, actualmente está regulado en la Ley 3/2014, de 24 de abril.

El Consejo Consultivo es el supremo órgano consultivo de la Xunta de Galicia y de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Galicia, y actúa con independencia respecto de cualquier órgano y, en garantía de ella, goza de autonomía orgánica y funcional, no estando sus miembros ligados por ningún mandato imperativo.

Emite dictamen en cuantos asuntos, relativos a las materias previstas en la Ley 3/2014, sean sometidos a su consulta por la Presidencia de la Xunta de Galicia, el Consejo de la Xunta o cualquiera de las personas que forman parte de él, las administraciones del sector



público autonómico, las entidades locales y las universidades públicas de Galicia.

En esa labor consultiva el Consejo Consultivo de Galicia ejercerá el control previo del rigor técnico jurídico de las actuaciones del órgano consultante, velando por la observancia de la Constitución, del Estatuto de autonomía de Galicia y del resto del ordenamiento jurídico, sin extenderse en valoraciones de oportunidad o conveniencia, excepto que así lo solicite expresamente el órgano consultante.

La consulta al Consejo Consultivo de Galicia será preceptiva cuando así se establezca por ley y, como regla general, sus dictámenes no serán vinculantes, excepto que por ley se disponga tal carácter. Hay que destacar que los asuntos sobre los que se pida y emita dictamen por el Consejo Consultivo, no podrán ser después sometidos por el órgano consultante a un dictamen posterior de otro órgano o institución consultiva.

También está previsto que el Consejo de la Xunta podrá encomendar al Consejo Consultivo de Galicia la redacción de anteproyectos legislativos y la elaboración de propuestas legislativas o de reforma estatutaria. Su realización deberá ajustarse estrictamente al ámbito delimitado por los criterios expresados por el Consejo de la Xunta.

Podrá también la persona titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia solicitar del Consejo Consultivo de Galicia la emisión de informes sobre cualquier cuestión concreta cuando, a su juicio, sean de indudable trascendencia para la Comunidad Autónoma de Galicia.

### **3. Composición.**

El Consejo Consultivo de Galicia estará integrado por consejeras y consejeros electivos y también por consejeras y consejeros natos.

Las consejeras y los consejeros electivos, en número de cinco, deberán ser juristas de reconocida competencia que cuenten con una experiencia y desempeño efectivo durante por lo menos diez años en el cargo, función o actividad profesional relacionados específicamente con aquellas especialidades de derecho público relacionadas con las actividades del Consejo Consultivo. Serán nombrados por el presidente de la Xunta, por un período de seis años: dos una vez escuchado el Consejo de la Xunta y los otros tres por propuesta del Parlamento de forma proporcional a la representación de los grupos



parlamentarios existentes en la Cámara. Tendrán como límite máximo de permanencia en el cargo de consejero electivo la edad de setenta y dos años.

Las consejeras y los consejeros natos son las personas que ejercieron la Presidencia de la Xunta de Galicia. Su incorporación inicial al Consejo Consultivo puede producirse en cualquier momento, pero en todo caso antes de cumplir la edad de setenta y cinco años. Ejercerán su mandato por un período de seis años si tienen la condición de titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia durante cuatro o menos años, o por un período de doce años si tienen la condición de titular de la Presidencia de la Xunta de Galicia durante más de cuatro años.

El Consejo Consultivo de Galicia se articula en los siguientes órganos: la Presidencia, el Pleno, la Sección de Dictámenes, la Sección de Estudios e Informes y la Secretaría General.

La persona titular de la Presidencia del Consejo Consultivo será elegida por y entre las consejeras y los consejeros electivos en votación secreta y por mayoría absoluta, y será nombrada por la Presidencia de la Xunta.

El Pleno del Consejo Consultivo está constituido por la persona que desempeña la Presidencia, las consejeras y los consejeros electivos y también las consejeras y los consejeros natos.

Componen la Sección de Dictámenes la persona titular de la Presidencia del Consejo y las consejeras y los consejeros electivos.

La Sección de Estudios e Informes está compuesta por la persona titular de la Presidencia del Consejo, quien la presidirá, por una consejera o consejero electivo y por una consejera o consejero nato, que se designarán anualmente por el Pleno por propuesta de la Presidencia del Consejo. Podrá incorporarse a ella, para su intervención limitada a un asunto concreto, otra consejera o consejero electivo, que se designará en la misma forma.

La persona titular de la Secretaría General deberá ser licenciada en Derecho y funcionaria del grupo A, subgrupo A-1, de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia, de otras comunidades autónomas o del Estado, o personal letrado del Consejo

Consultivo o del Parlamento de Galicia. Será nombrada y cesada por el Pleno por propuesta de la Presidencia del Consejo Consultivo.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Bello Janeiro, D. (director): *Manual de dereito galego* (Tomo I), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1996.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (coordinador): *Dereito público galego*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1993.
- Sarmiento Méndez, X. A.: *Dereito parlamentario de Galicia*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2001.
- García De Enterría, E. (y otros): *Código de la leyes administrativas*, Civitas, Madrid, 2009.

<http://www.valedordopobo.com/index.php?s=48&l=gl>

[http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/BibliotecaInfInstitucional/Regulamento\\_do\\_Parlamento\\_de\\_Galicia.PDF](http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/BibliotecaInfInstitucional/Regulamento_do_Parlamento_de_Galicia.PDF)

[http://elecciones09.xunta.es/lexislacion\\_autonomica\\_es.html](http://elecciones09.xunta.es/lexislacion_autonomica_es.html)

[http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/ContenidoGal/pargal\\_II\\_Lexislacion.aspx?Lexislatura=1](http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/ContenidoGal/pargal_II_Lexislacion.aspx?Lexislatura=1)

<http://ccgalicia.es/textos/pdf's/Ley%20de%20Creacion%20do%20Consello.pdf>

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE**

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 5**

**EL PARLAMENTO DE GALICIA. SISTEMA ELECTORAL. ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y FUNCIONES DEL PARLAMENTO. EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO. EL VALEDOR DEL PUEBLO.**

## **TEMA 5. EL PARLAMENTO DE GALICIA. SISTEMA ELECTORAL. ORGANIZACIÓN, FUNCIONAMIENTO Y FUNCIONES DEL PARLAMENTO. EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO. EL VALEDOR DEL PUEBLO.**

### **I.- EL PARLAMENTO DE GALICIA**

#### **I.1.- Introducción**

El ordenamiento parlamentario gallego se sustenta en el derecho constitucional y estatutario. Así, según la Constitución Española la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal conforme a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio (artículo 152.1º CE). Y en el artículo 9.1º del Estatuto de Autonomía para Galicia, se señala que los poderes de la Comunidad Autónoma se ejercerán a través del Parlamento, de la Xunta y de su Presidente. De lo expuesto, se pueden apuntar las notas caracterizadoras del régimen parlamentario gallego:

- a) Se trata de un sistema parlamentario unicameral.
- b) Sus miembros son elegidos de modo que se garantice la representación de las distintas zonas del territorio (la división por provincias).
- c) Sus funciones son las que corresponden al poder legislativo.

La regulación del Parlamento de Galicia se recoge en los artículos 10 y siguientes del Capítulo I del Título Primero (Del Poder Gallego) del Estatuto de Autonomía para Galicia y, muy singularmente en el Reglamento del Parlamento de Galicia (texto refundido publicado en el *DOG* núm. 3, de 4 de enero de 1995, con modificación última *DOG* núm. 155, de 14 de agosto de 2012) instrumento jurídico con una naturaleza que se asemeja más a una ley que a un reglamento propiamente dicho, ya que no ejecuta ni desarrolla ley alguna, ni trae causa del ejecutivo, constituyendo una auténtica facultad de autoorganización. Se podría incluir entre las fuentes del derecho parlamentario gallego los acuerdos interpretativos y normas complementarias. Además, hay que referenciar que ciertas leyes autonómicas tienen mucha importancia en cuestiones como las relaciones

institucionales (así, la Ley 1/1983, del 22 de febrero, Reguladora de la Xunta y de su Presidencia, la Ley 6/1984, del 5 de junio, del Valedor del Pueblo o la Ley 6/1985, de 24 de junio, Reguladora del Consejo de Cuentas), en los procedimientos legislativos (la Ley 1/1988, del 19 de enero, que regula la iniciativa popular) o en la composición del propio Parlamento (determinado por la Ley 8/1985, del 13 de agosto, de Elecciones al Parlamento de Galicia). Es necesario indicar que en el Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, se recogen referencias a los procedimientos parlamentarios de control e impulso (por ejemplo, en la reglamentación de información trimestral de las modificaciones presupuestarias que acuerde la Xunta).

## **I.2.- Organización, funcionamiento y funciones del Parlamento**

Con un mero carácter sistematizado podemos distinguir entre los distintos órganos parlamentarios los que son de carácter rector o coordinador (el Presidente, la Mesa y la Junta de Portavoces) de los que son órganos de trabajo (las Ponencias, la Comisión y el Pleno).

### **I.2.a) La Presidencia**

Su elección se realiza entre los miembros de la Cámara, precisando la mayoría absoluta de los mismos. De no conseguirse dicha mayoría, se procederá a una votación entre los/las dos diputados/-as que hubiesen conseguido en la anterior el mayor número de votos y resultará elegido el que obtenga más votos.

En el ámbito anglosajón, la Presidencia de la Cámara es un órgano con militancia partidaria. Hay posicionamientos doctrinales que niegan la posibilidad de que el/la Presidente/-a realice una labor de orientación política en la dirección de la Cámara, ciñéndose su labor a la premisa de la imparcialidad. El caso gallego podría constituir una tercera vía, ya que, si bien en su actuación debe guiarse por la equidad, neutralidad y objetividad, lo cierto es que integra de manera activa a su grupo parlamentario.

La función más visible de la Presidencia es la representativa (sin perjuicio de la que corresponda a la Mesa) y la de dirigir y coordinar la acción de la Mesa. También son

funciones suyas la de garantizar la buena marcha de los trabajos parlamentarios, la moderación y dirección de los debates parlamentarios (incluida la función disciplinaria de mantener el orden). Es la encargada de ordenar los pagos (función que suele delegarse).

Téngase en cuenta que los/las Vicepresidentes/-as sustituyen a la presidencia en el ejercicio de las competencias que le son propias en los casos de ausencia, imposibilidad o vacante.

### **I.2.b) La Mesa**

La Mesa es el órgano rector de la Cámara y desempeña la representación colegiada de ésta en los actos a que asista. Estará compuesta por el presidente del Parlamento, dos vicepresidentes, un secretario y un vicesecretario. Se entenderá válidamente constituida cuando estén presentes, por lo menos, tres de sus miembros. La limitación de su composición a cinco miembros puede acarrear dificultades en el momento de plasmar en este órgano colegiado la representación de los grupos presentes en la Cámara y por eso hay voces partidarias de incrementar su número. Con todo, a fin de posibilitar la presencia en la Mesa de representantes de las minorías, la elección de la Mesa, que tendrá lugar en la sesión constitutiva del Parlamento, se realiza por un sistema de voto limitado (así, los dos Vicepresidentes se eligen simultáneamente, por orden sucesiva y en atención al número de votos; este sistema también se aplica a la elección del/-la Secretario/-a y Vicesecretario/-a. De producirse vacantes, se cubrirán del mismo modo. A todo lo expuesto, hay que añadir que se pueden producir acuerdos de distribución de puestos entre las fuerzas políticas de la Cámara.

Le corresponden a la Mesa las siguientes funciones:

- 1.- Interpretar y suplir el Reglamento, si es el caso, en los supuestos de duda u omisión.
- 2.- Adoptar cuantas decisiones y medidas requieran la organización del trabajo y el régimen y gobierno interiores de la Cámara.
- 3.- Elaborar el proyecto de presupuestos del Parlamento de Galicia y proceder a su ejecución una vez aprobados.

- 4.- Aprobar los gastos de la Cámara, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar.
- 5.- Calificar, conforme al Reglamento, los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de los mismos.
- 6.- Decidir la tramitación de todos los escritos y documentos de índole parlamentaria, de acuerdo con las normas establecidas en este Reglamento.
- 7.- Programar las líneas generales de actuación de la Cámara, fijar el calendario de actividades del Pleno y de las comisiones para cada período de sesiones y coordinar los trabajos de sus distintos órganos, todo esto después de la audiencia de la Junta de Portavoces.
- 8.- Cualquiera otra que le encomiende el presente Reglamento y las que no estén atribuidas a un órgano específico.

### **I.2.c) La Junta de Portavoces**

Se constituye con la presencia de los portavoces de los grupos parlamentarios, con la presencia de la Presidencia del Parlamento y la asistencia, por lo menos de un/una vicepresidente del secretario o vicesecretario y del letrado oficial mayor. Sus reuniones no tienen una periodicidad establecida, aunque lo hará cuando menos cada 15 días (para la preparación del orden del día del Pleno de la Cámara). Una de las peculiaridades de este órgano es el empleo del voto ponderado en la opción de sus acuerdos, es decir, el criterio del portavoz es medido por el número de diputados/-as de su grupo.

Las funciones de la Junta de Portavoces son de carácter consultivo, ya que será escuchada para:

- 1.- Establecer los criterios que contribuyan a ordenar y facilitar los debates y las tareas del Parlamento.
- 2.- Decidir la Comisión competente para entender en los proyectos o en las proposiciones de ley.
- 3.- Fijar el número de miembros de cada grupo parlamentario que integrarán las

comisiones.

4.- Establecer el calendario de actividades de las comisiones.

5.- Asignarles los escaños en el salón de sesiones a los diferentes grupos parlamentarios.

### **I.2.d) Las Comisiones**

Son la manifestación en el ámbito parlamentario del principio de especialización, por eso, sin perjuicio de las competencias del Pleno, los asuntos prioritarios se despachan en Comisiones. Quizás por esa circunstancia su carácter de órgano de trabajo y técnico (cada diputado/-a debe pertenecer cuando menos a una comisión parlamentaria) está matizado por un componente político, manifestado en la necesidad de que todos los grupos parlamentarios formen parte de las distintas comisiones y que dicha presencia sea proporcional al número de escaños de cada grupo. El número de comisión será el que determine la Mesa del Parlamento, oída la Junta de Portavoces. En cada comisión se constituirá una mesa integrada por un/una presidente/-a, un/una vicepresidente/-a y un/una secretario/-a.

Las comisiones pueden ser permanentes o no permanentes (las que se crean para una función especial o un trabajo concreto y se extinguen al finalizar su objeto y, en todo caso, al concluir la legislatura). Según el artículo 45 del Reglamento del Parlamento, son comisiones permanentes las siguientes:

- 1.- Institucional, de Administración General, Justicia e Interior.
- 2.- Ordenación Territorial, Obras Públicas, Medio Ambiente y Servicios.
- 3.- Economía, Hacienda y Presupuestos (esta es la única Comisión en la que la mayoría parlamentaria suele ceder su presidencia).
- 4.- Educación y Cultura.
- 5.- Sanidad, Política Social y Empleo.
- 6.- Industria, Energía, Comercio y Turismo



7.- Agricultura, Alimentación, Ganadería y Montes.

8.- Pesca y Marisqueo.

9.- Reglamento.

10.- Estatuto de los Diputados (que presenta una singular composición, ya que cuenta con un miembro por cada uno de los grupos parlamentarios).

11.- Peticiones (que estará formada por la Mesa del Parlamento más un diputado de cada grupo parlamentario y adoptará las decisiones por el sistema de voto ponderado).

12.- Aquellas que deban constituirse por disposición legal (así, la comisión de control de la compañía de la RTVG).

Las comisiones conocerán de los proyectos, proposiciones o asuntos que les encomiende, de acuerdo con su respectiva competencia, la Mesa del Parlamento. A través del presidente del Parlamento, las comisiones pueden:

1.- Pedir la información y documentación que necesiten de las instituciones autonómicas y de los entes públicos de Galicia. Asimismo pueden solicitar información y documentación a las autoridades del Estado respecto de aquellas competencias atribuidas a la Xunta de Galicia de las cuales no estén aún transferidos los servicios.

2.- Requerir la presencia de los miembros de la Xunta de Galicia competentes por razón de la materia que se debata, para informar sobre todas las cuestiones de las que sean consultados.

3.- Solicitar la presencia de funcionarios, autoridades y particulares.

### **1.2.f) El Pleno y la Diputación Permanente**

El Pleno del Parlamento de Galicia está formado por la totalidad de los miembros de la Cámara. Será convocado por su presidente/-a, por propia iniciativa o por solicitud, por lo menos, de dos grupos parlamentarios o de la quinta parte de los diputados miembros de la Cámara.

Los diputados tomarán asiento en el salón de sesiones conforme su adscripción a grupos parlamentarios. Los miembros de la Xunta de Galicia tienen escaño asignado.

El Pleno se reúne en dos períodos de sesiones (septiembre-diciembre y febrero-junio). Durante los mismos para su convocatoria es precisa la existencia previa de una orden del día con los asuntos a tratar.

Cuando el Parlamento está disuelto o cuando no es período de sesiones (o por causa de fuerza mayor que impida la reunión del Pleno), funciona la Diputación Permanente. Dicho órgano parlamentario:

- 1.- Conocerá la delegación temporal de las funciones ejecutivas del presidente/-a de la Xunta de Galicia en uno de los/las conselleiros/-as.
- 2.- Ejercerá el control de la legislación delegada.
- 3.- Entenderá en todo lo que atañe a la inviolabilidad parlamentaria.
- 4.- Convocará el Parlamento por acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros de la Diputación Permanente.
- 5.- Podrá autorizar presupuestos extraordinarios, suplementos de créditos y créditos extraordinarios, por petición de la Xunta de Galicia, por razón de urgencia y de necesidad justificada, siempre que así lo acuerde la mayoría absoluta de sus miembros.
- 6.- Podrá también autorizar ampliaciones o transferencias de crédito, cuando lo exijan la conservación del orden, una calamidad pública o una necesidad financiera urgente de otra naturaleza, de acuerdo con la mayoría absoluta de sus miembros.

La Diputación Permanente estará presidida por el/la presidente/-a del Parlamento de Galicia. Formarán parte de la misma un mínimo de once miembros, que representarán a los grupos parlamentarios en proporción a su importancia numérica. En cualquiera caso, la Diputación Permanente dará cuenta al Pleno del Parlamento de los asuntos y de las decisiones tratados en la primera sesión ordinaria.

## **II.- SISTEMA ELECTORAL**

### **II.1.- Introducción**

La democracia representativa como base del sistema de derechos y libertades que limitan el poder, tiene su fundamento en el sufragio universal (como manifestación de la participación pública en el ejercicio de la soberanía) y una de sus máximas garantías en la normativa que regula el proceso electoral.

Las elecciones dan lugar a un gobierno representativo que ejerce un poder legítimo, que puede ser objeto de control y que responde periódicamente ante los ciudadanos.

El sufragio universal aparece constitucionalizado cuando en el artículo 152.1 CE se establece que la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal conforme a un sistema de representación proporcional. En el Estatuto de Autonomía para Galicia se indica que el Parlamento estará constituido por Diputados/-as elegidos (por un plazo de cuatro años y de acuerdo con un sistema de representación proporcional) por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto.

La normativa electoral de la Comunidad Gallega es muy similar a la normativa estatal (y a la de las otras Comunidades Autónomas), ya que la misma tiene una importante incidencia en la configuración de los partidos políticos.

- Dicha normativa viene conformada por la Ley 8/1985, del 13 de agosto, de Elecciones al Parlamento de Galicia (*DOG* núm. 156, del 16 de agosto; corrección de errores en *DOG* núm. 185, del 26 de septiembre). La entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1991, del 13 de marzo, de Reforma de la Ley Electoral General hizo necesaria una modificación, realizada por la Ley 15/1992, del 30 de diciembre, abordándose también cuestiones como la de las competencias de la Junta Electoral de Galicia, la distribución de tiempos gratuitos de propaganda electoral en los medios de comunicación de titularidad pública (que experimentan un sustancial aumento), la actualización de los límites de gasto electoral y los de subvenciones de tales gastos a la reforma de los supuestos de inelegibilidades y el cambio en el límite mínimo para la atribución de escaños. Por Ley

12/2004, del 7 de diciembre, se vuelve a modificar la Ley 8/1985, del 13 de agosto, de Elecciones al Parlamento de Galicia, para ampliar el plazo para la realización del escrutinio general del voto de los electores residentes en el extranjero. La Ley Gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres también incidió sobre el régimen electoral (artículo 16º.- Espacios electorales) ya que previó el incremento en un diez por ciento del tiempo gratuito de propaganda electoral en los medios de comunicación de la Compañía de RTVG si lo destinan al debate electoral sobre las cuestiones de género. Finalmente, por Ley 10/2012, de 3 agosto, se modifica el art. 4 ap. 2 b), para sustituir el término vicevaledor por el de adjunto.

## **II.2.- El derecho al sufragio**

Son electores los /las gallegos/-as que sean mayores de edad y disfruten del derecho de sufragio activo. Para el ejercicio del derecho de sufragio es indispensable la inscripción en el censo electoral (que es único; pero, referido a las cuatro circunscripciones electorales). Y son gallegos/-as aquellos españoles que tengan vecindad administrativa en alguno de los municipios de Galicia y los residentes en el extranjero que acrediten su última vecindad administrativa en Galicia (y sus descendientes inscritos como españoles).

Todos los electores son elegibles, con excepción de lo establecido en los denominados regímenes de la inelegibilidad y de incompatibilidad.

La inelegibilidad implica un límite al sufragio pasivo en aras de garantizar la independencia del voto elector (al garantizar que el candidato/-a, de resultar elegido/-a, podrá dedicarse a su cometido), restringiendo el derecho a ser elegible a las personas que ocupan una serie de cargos establecidos. Así, no son elegibles:

- El/la Consejero/-a mayor y los/las Consejeros/-as del Consejo de Cuentas de Galicia, el Valedor del Pueblo y sus Vicevaledores/-as.
- Los Alcaldes, Presidentes/-as de Diputación y Diputados/-as provinciales.
- Los/las Secretarios/-as generales y los/las Directores/-as generales de las Consellerías, los/las Directores/-as de los Gabinetes de la Presidencia y de las Consellerías, así como los altos cargos de libre designación de la Xunta de Galicia nombrados por Decreto de la

Xunta, los/las Presidentes/-as y Directores/-as generales o asimilados de los Organismos autónomos dependientes de la Comunidad Autónoma de Galicia, excepto que dicha presidencia sea ejercida por un miembro del Consejo del Gobierno, los/las Delegados/as generales de la Xunta, ...

- El/la Director/-a general de la Compañía de Radio y Televisión de Galicia, los/-las Directores/-as de las Sociedades y sus Delegados territoriales. El/la Delegado/-a territorial de TVE en Galicia, así como los/las Directores/-as de los Centros de radio y televisión que dependan de Entes públicos.
- Los miembros de la Policía Autónoma en activo.
- El/la Presidente/-a, Vicepresidente/-a, Ministros y Secretarios/-as de Estado del Gobierno Central.
- Los/las Parlamentarios/-as de las asambleas de otras Comunidades Autónomas y los miembros de los Consejos de Gobierno de las demás Comunidades Autónomas, así como los cargos de libre designación de los citados Consejos.
- Los que ejerzan funciones o cargos conferidos y remunerados por un Estado extranjero.

La figura de la incompatibilidad opera después de la elección y tiene como finalidad garantizar la independencia del parlamentario/-a en el cumplimiento adecuado de las funciones que le son propias. La condición de parlamentario/-a en la Cámara Gallega es incompatible:

- Con la condición de Parlamentario/-a Europeo, Diputado/-a del Congreso y Senador/-a (salvo los/las Senadores/-as elegidos en representación de la Comunidad Autónoma).
- Con los cargos de miembros del Consejo de Administración de la Compañía de Radio y Televisión de Galicia, y con los de Presidentes/-as de Consejos de Administración, Consejeros/-as, Administradores/-as, Directores/-as Generales, Gerentes y cargos equivalentes de entes públicos y Empresas de participación pública mayoritarias.
- En todo caso, es compatible con el desempeño de actividades personales, salvo en los supuestos siguientes:

- Las actividades de gestión o dirección ante la Administración Pública gallega, sus Entes u Organismos autónomos en asuntos que tengan que resolver estos, que afecten directamente a la realización de algún servicio público o que estén encaminados a la obtención de subvenciones o avales públicos. Se exceptúan las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho reconocido, realicen los directamente interesados, así como las subvenciones o avales cuya concesión derive de la aplicación regulada de lo dispuesto en una norma de carácter general.
- La actividad de contratista o fiador de obras, servicios o suministros públicos que se paguen con fondos de la Comunidad Autónoma o el desempeño de cargos que lleven anexas funciones de dirección o representación en Compañías o Empresas que se dediquen a dichas actividades.
- La celebración con posterioridad a la fecha de su elección como Diputado de conciertos de prestación de servicios de asesoramiento o de cualquier otra índole, con titularidad, individual o compartida, en favor de la Administración Pública gallega.
- La participación superior al 10 por 100, adquirida en todo o en parte, con posterioridad a la fecha de su elección como Diputado, excepto que fuera por herencia, en Empresas o Sociedades que tengan conciertos de obras servicios o suministros con Entidades del sector público.

## **II. 3.- Sistema electoral**

Los dos grandes modelos son el sistema proporcional o el mayoritario. El sistema mayoritario representa una concepción del poder basada en gobiernos homogéneos y estables. En la Comunidad Autónoma de Galicia el sistema electoral es proporcional y así se recoge en el artículo 11.2º de su Estatuto de Autonomía. Dicha proporcionalidad en la distribución de los 75 escaños va indisolublemente vinculada a las circunscripciones electorales (las cuatro provincias) y se materializa mediante la fórmula D'Hondt (procedimiento recogido en el artículo 9.3º, de la Ley de Elecciones al Parlamento de Galicia). Con todo, la distribución de los escaños en relación a la población provincial solo afecta a 35 diputados/-as, ya que cada provincia tiene atribuidos un mínimo de 10

Las candidaturas se presentan en listas cerradas y deben de superar la barrera del 5% para tener la opción de entrar en el cómputo de los votos hacia la obtención de escaño. Esta barrera electoral persigue la excesiva fragmentación de la representación y las posibles dudas de su inconstitucionalidad ya fueron resueltas por la STC 75/1985, del 21 de junio. En lo relativo a las listas, hay que poner de manifiesto que deben contar con el número exacto de escaños que han de ser cubiertos, sin que se pueda admitir lista alguna que no cumpla este requisito (en ese sentido, Sentencia del 14 de diciembre del 1989, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia).

Los partidos políticos precisan en el marco electoral conseguir la mayor representación posible lo cual se traduce en una necesidad de transmitir su posicionamiento al electorado. En esa circunstancia resulta de gran importancia un concreto período de tiempo: la campaña electoral y, por extensión, la reglamentación de las actividades de propaganda a través de los medios de comunicación de masas y la financiación de la misma, regulados con detalle en los artículos 24 y siguientes de la Ley de Elecciones al Parlamento de Galicia, con el fin de garantizar los principios democráticos de libertad de expresión, información y reunión, de neutralidad e imparcialidad de los poderes públicos y de igualdad de oportunidades para los candidatos.

Se entiende por campaña electoral, el conjunto de actividades lícitas llevadas a cabo por los candidatos, partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones en orden a la captación de sufragios. La campaña electoral tendrá una duración no inferior a quince días ni superior a veintiuno y, en todo caso, concluirá a las cero horas del día inmediatamente anterior al de la votación.

Por lo que respecta a la publicidad electoral en los medios de titularidad pública, los candidatos/-as que concurran a las elecciones tienen derecho a disponer de espacios gratuitos (sin que puedan contratar en los mismos otro tipo de publicidad electoral), distribuyéndose en proporción al número de votos obtenidos por sus partidos en las elecciones anteriores, asegurando en todo caso un tiempo mínimo a todas las fuerzas políticas que concurran por primera vez o las que participando en elecciones anteriores no

obtuvieran escaño.

El control del gasto electoral corresponde al Consejo de Cuentas (en el aspecto técnico-contable) y a la Junta Electoral de la Comunidad Autónoma (en el aspecto jurídico). La subvención a los partidos políticos de dicho gasto electoral se conforma en el artículo 44 de la Ley de Elecciones al Parlamento de Galicia

#### **II.4. La Junta electoral de la Comunidad autónoma**

La Junta Electoral de Galicia es un órgano de la Administración electoral, de carácter permanente, que tiene por cometido garantizar la objetividad y transparencia del proceso electoral y el principio de igualdad de las entidades políticas que concurren a un proceso electoral. Está compuesta por:

- Presidente/-a: el/la presidente/-a del Tribunal Superior de Justicia de Galicia
- Vicepresidente/-a: el elegido por los vocales, de entre los de origen judicial, en la sesión constitutiva del órgano.
- Cuatro vocales: magistrados/-as del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
- Cuatro vocales: profesores/-as en activo de las facultades de Derecho, de Ciencias Políticas o de Sociología de las Universidades de Galicia.
- Un secretario: el letrado oficial mayor del Parlamento de Galicia.

#### **III.- FUNCIONES DEL PARLAMENTO**

Según el artículo 10 del Estatuto de Autonomía para Galicia, son funciones del Parlamento de Galicia las siguientes:

- 1.- Ejercer la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma. El Parlamento sólo podrá delegar esta potestad legislativa en la Xunta, en los términos que establecen los artículos 82, 83 y 84 de la Constitución para el supuesto de la delegación legislativa de las Cortes Generales al Gobierno, todo eso en el marco del presente Estatuto.
- 2.- Controlar la acción ejecutiva de la Xunta, aprobar los presupuestos y ejercer las otras



competencias que le sean atribuidas por la Constitución, por el presente Estatuto, por las leyes del Estado y por las del Parlamento de Galicia.

3.- Designar para cada legislatura de las Cortes Generales los Senadores representantes de la Comunidad Autónoma gallega, de acuerdo con lo previsto en el artículo 69, apartado 5, de la Constitución. Tal designación será hecha de forma proporcional a la representación de las distintas fuerzas políticas existentes en el Parlamento de Galicia.

4.- Elegir de entre sus miembros el Presidente.

5.- Exigir, si es el caso, responsabilidad política a la Xunta y a su Presidente.

6.- Solicitar del Gobierno la adopción de Proyectos de Ley y presentar ante la Mesa del Congreso de los Diputados Proposiciones de Ley.

7.- Interponer recursos de inconstitucionalidad y presentarse ante el Tribunal Constitucional en los supuestos y términos previstos en la Constitución y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Se puede afirmar que las dos funciones básicas de un parlamento son la legislativa y la de control. Y existen autores que consideran que el actual modelo de parlamentarismo está en crisis toda vez que el parlamento ya no tiene el monopolio de la actividad legislativa (pues el Gobierno es el autor de la mayoría de estas iniciativas), ni tiene posibilidades de un efectivo control ya que el Gobierno (con base en los parlamentarios que lo apoyan) puede frenar casi todas las iniciativas de control del Parlamento. Con todo, más bien parece que lo que ha ocurrido es que los partidos políticos tomaron fuerza en el actual modelo de Estado democrático, circunstancia que lleva aparejados cambios en la institución parlamentaria que hoy conocemos.

El ejercicio de la actividad legislativa por el parlamento no debe desconocer que en el momento de la constitución del mismo surge una mayoría parlamentario-gubernamental (por los votos de un partido mayoritario o por los votos recogidos del consenso de varios partidos políticos), determinando:

- En la práctica, la iniciativa parlamentaria de las leyes es poco relevante en relación con

la iniciativa gubernamental.

- Los/las parlamentarios/-as de los grupos minoritarios en la Cámara no suelen presentar iniciativas legislativas, centrando su labor opositora en el procedimiento legislativo, manifestando su postura mediante el trámite de enmiendas.
- El Parlamento, en la actualidad, no es la suma de sus miembros considerados individualmente. Los parlamentarios/-as se estructuran en Grupos Parlamentarios, que son el trasunto de los partidos políticos en el Parlamento.

En el Reglamento del Parlamento de Galicia se distingue entre la iniciativa legislativa gubernamental y la iniciativa legislativa no gubernamental (parlamentaria o popular)

En la actividad de elaboración de normativa por el Gobierno gallego (Consello da Xunta) la aplicación a la normativa estatal sobre la materia, recogida en los artículos 22 y siguientes de la Ley 50/1997, del 27 de noviembre, del Gobierno (*BOE* núm. 258, del 28 de noviembre), tiene carácter supletorio y así ya se contemplaba en la STC 15/1989, del 26 de enero. Con todo, en los artículos 6 y siguientes del Decreto 111/1984, del 25 de mayo (modificado por el Decreto 57/1994, del 25 de marzo), que Regula el Régimen Interior de la Xunta de Galicia, se recoge, de manera similar a lo establecido en la normativa estatal, el procedimiento de la iniciativa legislativa del Gobierno gallego (mediante proyectos de leyes). Añadir que el art. 12 de la ley 50/2010, de 28 de diciembre, requiere de la elaboración de una memoria económica financiera y de un informe de la Dirección General de Presupuestos y que el art. 7 de la ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombre, establece la necesidad de recabar un informe sobre impacto de género.

La iniciativa legislativa popular tiene su marco jurídico en la Ley Orgánica 3/1984, del 28 de marzo, Reguladora de la Iniciativa Popular y en la Ley 1/1988, del 18 de enero, de Iniciativa Legislativa Popular ante el Parlamento de Galicia.

La función legislativa del Parlamento gallego se concreta en la iniciativa mediante la presentación de proposiciones no Ley y en la tramitación de dichas proposiciones y de los proyectos ley presentados por el Gobierno gallego. El ejercicio de estas funciones está

detalladamente recogido en los artículos 111 y siguientes del Reglamento del Parlamento de Galicia, pudiendo sintetizarse:

#### 1.- De los proyectos de ley.

Los proyectos de ley remitidos por la Xunta de Galicia deben ir acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse. La Mesa del Parlamento mandará que se publiquen, que se abra el plazo de enmiendas y, oída la Junta de Portavoces, que se tramiten en la Comisión correspondiente.

Publicado un proyecto de ley, los diputados y los grupos parlamentarios tendrán un plazo de quince días para presentar enmiendas. Estas podrán ser a la totalidad o al articulado. Las primeras versarán sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto ley y postulan la devolución de aquel a la Xunta, o las que propongan un texto completo alternativo al del proyecto. Las enmiendas al articulado podrán ser de supresión, modificación o adición. Las enmiendas a un proyecto de ley que supongan aumento de los créditos o mengua de los ingresos presupuestarios requerirán la conformidad de la Xunta de Galicia para su tramitación.

El debate de totalidad de los proyectos de ley en el Pleno procederá cuando estuvieren presentadas enmiendas a la totalidad. Terminada la deliberación, el presidente someterá a votación las enmiendas a la totalidad defendidas, comenzando por aquellas que propongan la devolución del proyecto a la Xunta.

Finalizado el debate de totalidad y acordada la devolución del proyecto a la Xunta (o un texto alternativo) uno o varios ponentes redactarán un informe en el plazo de quince días. Concluido el informe de la Ponencia, comenzará el debate en Comisión, que se hará artículo por artículo. Durante la discusión de un artículo, la Mesa podrá admitir a trámite nuevas enmiendas que se presenten en ese momento por escrito por un miembro de la Comisión, siempre que tiendan a alcanzar un acuerdo por aproximación entre las enmiendas ya formuladas y el texto del artículo. También se admitirán a trámite enmiendas que tengan por finalidad reparar errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales.

Conocido el dictamen de la Comisión, los grupos parlamentarios y diputados/-as, deberán comunicar los votos particulares y las enmiendas que, después de ser defendidas y votadas en Comisión y no incorporadas al dictamen, pretendan defender en el Pleno. El debate en el Pleno comenzará por la presentación que del dictamen de la Comisión haga el/la presidente/-a de la misma o un/una diputado/-a en quien delegue, por un tiempo de diez minutos. A continuación los grupos parlamentarios dispondrán sucesivamente de una ronda de quince minutos para explicar su posición sobre el dictamen de la Comisión y, si es el caso, defender las enmiendas y los votos particulares no incorporados al mismo y que oportunamente reservaran. El debate se cerrará con otra ronda de cinco minutos para que sucesivamente los grupos se definan sobre las enmiendas y los votos particulares defendidos por los demás.

La Presidencia de la Cámara someterá a votación el dictamen de la Comisión con las enmiendas y con los votos particulares que fueran incorporados.

## 2.- De las proposiciones de ley

Las proposiciones de ley de los/las diputados/-as las presentarán acompañadas de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas.

Ejercitada la iniciativa, la Mesa del Parlamento ordenará la publicación de la proposición de ley y su remisión a la Xunta de Galicia, para que manifieste su criterio respecto de la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación si implica aumento de los créditos o mengua de los ingresos presupuestarios.

Si la Cámara toma en consideración la proposición de ley, la Mesa acordará su envío a la Comisión competente y la apertura del correspondiente plazo de presentación de enmiendas.

La proposición seguirá el trámite previsto para los proyectos de ley, correspondiéndole a uno de los proponentes o a un/una diputado/-a del grupo autor de la iniciativa la presentación de la misma ante el Pleno.

Las proposiciones de ley y los proyectos de ley conforman el denominado procedimiento

legislativo ordinario. Dentro de los llamados procedimientos legislativos especiales tienen cabida ciertos modos de aprobación de leyes autonómicas referidas a concretos ámbitos materiales o calificadas por razón de su urgencia. Así, en los artículos 126 y siguientes del Reglamento del Parlamento de Galicia, se recoge la tramitación de los proyectos y de las proposiciones de ley de desarrollo básico del Estatuto de Galicia, de la competencia legislativa plena de las comisiones, de la tramitación de un proyecto de ley en lectura única, de la reforma del Estatuto de Galicia y del Proyecto de Ley de Presupuestos. En la práctica política y parlamentaria dichos procedimientos cuentan con escaso fundamento, exceptuando los dos últimos. Además, en el artículo 163 se regula la elaboración de proposiciones de ley que se vayan a presentar ante la Mesa del Congreso de los Diputados y la solicitud al Gobierno del Estado de la adopción de proyectos de ley (en concordancia con lo establecido en el apartado f) del artículo 10.1º del Estatuto de autonomía de Galicia).

#### **IV.- EL CONTROL PARLAMENTARIO DE LA ACCIÓN DEL GOBIERNO**

Como un contrapeso de la acción que el Gobierno realiza en la ejecución de las leyes, el Parlamento ejerce una función de control ordinario (lo que se podría denominar la fiscalización de la gestión de la ejecución) y un control por la exigencia de la responsabilidad política del Gobierno.

##### **1.- Función de control ordinario**

En el ejercicio de esa función que podemos llamar inspectora, los/-las diputados/-as, después de conocimiento del respectivo grupo parlamentario, tendrán la facultad de solicitar de las administraciones públicas los datos, informes o documentos que consten en poder de estas (artículo 9 del Reglamento de la Cámara). Además, en los artículos 49 y siguientes de la Ley de la Xunta y de su Presidencia se concreta la posibilidad de que los miembros de la Cámara soliciten ayuda e información a la Xunta.

Sin duda los denominados debates sobre el Estado de la Autonomía (previsto en el artículo 48 de la Ley Reguladora de la Xunta y su Presidencia) tienen una gran trascendencia política ya que son retransmitidos por los medios de comunicación. Asimismo, téngase en cuenta que la Xunta de Galicia puede remitir al Parlamento para su examen

comunicaciones, programas, planes e informes, de conformidad con lo establecido en los artículos 140 y siguientes del Reglamento del Parlamento de Galicia.

Con todo, las principales vías de información al Parlamento de lo actuado por el Gobierno gallego están conformadas por:

- Comisiones de investigación (artículo 52 del Reglamento del Parlamento de Galicia):

El Pleno del Parlamento de Galicia, por propuesta de la Xunta, de la Mesa, de dos grupos parlamentarios o de la quinta parte de los diputados miembros de la Cámara, podrá acordar la creación de una Comisión de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Las conclusiones de estas comisiones deberán plasmarse en un dictamen que será discutido en el Pleno de la Cámara. Las conclusiones del mismo serán publicadas en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia y comunicadas a la Xunta de Galicia, sin perjuicio de que la Mesa del Parlamento le dé traslado de las mismas al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.

- Las interpelaciones (artículos 147 y siguientes del Reglamento del Parlamento de Galicia):

Los diputados y los grupos parlamentarios podrán formularles por escrito interpelaciones a la Xunta y a cada uno de sus miembros, sobre los motivos o propósitos de la actuación del Ejecutivo o de las consellerías, en materias de política general o cuestiones de acentuada importancia.

Las interpelaciones se substanciarán, ante el Pleno, dando lugar a una ronda de exposición por el autor de la interpelación, a la contestación de la Xunta y a su respectiva ronda de réplica. Después de la intervención de interpelante e interpelado, podrá hacer uso de la palabra un representante de cada grupo parlamentario excepto de aquel del que proceda la interpelación.

Toda interpelación podrá dar lugar a una moción en la que la Cámara manifieste su posición.

- Las preguntas (artículos 152 y siguientes del Reglamento del Parlamento de Galicia):

Los diputados (pero no los grupos parlamentarios) podrán formularles por escrito preguntas a la Xunta y a cada uno de sus miembros, para su respuesta por escrito u oralmente (bien en Pleno o bien en la Comisión correspondiente).

Cuando se pretenda la respuesta oral ante el Pleno, tras la concisa formulación de la pregunta por el diputado (sin que en ningún caso la formulación de la pregunta pueda exceder de cinco minutos), contestará la Xunta. Aquel podrá intervenir a continuación para replicar o preguntar, y, tras la nueva intervención de la Xunta, terminará el debate.

Las preguntas para respuesta oral en Comisión se tramitarán igual que las de Pleno, con la particularidad de que las primeras intervenciones serán por tiempo de diez minutos y las de réplica de cinco. Podrán comparecer para responderlas los/las conselleiros/-as, directores/-as generales o subdirectores/-as generales de la Administración autonómica.

Concluido un período de sesiones, las preguntas orales pendientes se tramitarán como preguntas con respuesta por escrito que serán contestadas antes de la iniciación del siguiente período de sesiones.

La contestación de las preguntas formuladas para su respuesta por la Xunta de Galicia por escrito deberá realizarse dentro de los veinte días siguientes a su publicación, pudiendo prorrogarse este plazo por petición motivada de la Xunta y por acuerdo de la Mesa del Parlamento por otro plazo de hasta veinte días más.

- Las proposiciones no de ley (artículos 161 y siguientes del Reglamento del Parlamento de Galicia):

Los grupos parlamentarios podrán presentar por escrito proposiciones no de ley a través de las cuales le formulen propuestas de resolución a la Cámara.

A la proposición no de ley podrán presentar enmiendas los grupos parlamentarios hasta seis horas antes del comienzo de la sesión del Pleno en la que se deba de debatir. Una vez concluidas estas intervenciones, la proposición, con las enmiendas aceptadas por el proponente de aquella, será sometida a votación.

## **2.- Control de responsabilidad**

Expuestas las principales herramientas disponibles por el Parlamento para el control ordinario del Ejecutivo, resta hacer unas notas sobre la función de control ejercitada mediante la exigencia de responsabilidades políticas. Habrá pues que referirse a la moción de censura y a la cuestión de confianza.

- **La Moción de Censura**

Deberá ser propuesta, por lo menos, por la quinta parte de los diputados en escrito motivado dirigido a la Mesa del Parlamento y tendrá que incluir un candidato a la Presidencia de la Xunta. Dentro de los dos días siguientes a la presentación de la moción de censura podrán presentarse mociones alternativas que reúnan los requisitos.

El debate se iniciará por la defensa de la moción de censura que, sin limitación de tiempo, efectúe uno de los diputados firmantes de la misma. La aprobación de una moción de censura requerirá, en todo caso, el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento. Ninguno de los firmantes de una moción de censura que fuera rechazada podrá firmar otra durante el mismo período de sesiones.

Si prosperase una moción de censura, la Xunta y su Presidente/-a cesarán y el candidato/-a incluido en ella se entenderá investido de la confianza de la Cámara.

- **Cuestión de confianza.**

El presidente de la Xunta puede formular por escrito ante el Parlamento la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración política general.

El debate se desarrollará con sujeción a las mismas normas establecidas para el debate de investidura. Concluido el mismo, la cuestión de confianza será sometida a votación. La confianza se entenderá otorgada cuando obtenga el voto de la mayoría simple de los diputados. En caso de no ser otorgada, la Xunta y su presidente cesarán.



## **V.- EI VALEDOR DEL PUEBLO**

### **V.1.- Introducción.**

La Constitución Española de 1978 se caracteriza por una completa regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas, constitucionalizando principios y derechos de claro contenido social, como el derecho a una vivienda digna o el derecho a disfrutar del medio ambiente. Con todo, la trascendencia de la Carta Magna no se limita a la enumeración de un conjunto de derechos y libertades públicas y su verdadero alcance está definido por el establecimiento de una serie de instrumentos para hacer efectivos dichos derechos.

Los instrumentos de protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas a los que se aludía en el párrafo anterior pueden ser agrupados en tres tipologías:

- 1.- Garantías de carácter normativo, integradas por la eficacia directa de la Constitución (norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, con preceptos que pueden ser alegados ante los tribunales), por la rigidez constitucional (para reformar la Constitución se debe seguir un procedimiento específico) y por la reserva de ley prevista por el legislador constituyente (la regulación de los derechos y libertades solo se puede hacer por medio de Ley).
- 2.- Garantías de carácter jurisdiccional, conformadas por el recurso de inconstitucionalidad, por el instrumento del *habeas corpus* y por la posibilidad de solicitar la tutela de las libertades y derechos ante los tribunales ordinarios mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad.
- 3.- Garantía de carácter institucional, concretada en la figura del Defensor del Pueblo.

En el artículo 54 CE se establece que una Ley Orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa de los derechos comprendidos en el Título I (De los derechos y deberes fundamentales), a tales efectos podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales. Dicho artículo está desarrollado por la Ley Orgánica 3/1981, del 6 de abril, del Defensor del Pueblo (*BOE* núm. 109, del 7 de mayo) y por la

Ley 36/1985, del 6 de noviembre, por la que se regulan las Relaciones entre la Institución del Defensor del Pueblo y las Figuras Similares de las diferentes Comunidades Autónomas (*BOE* núm. 271, del 12 de noviembre).

## **V.2. El Valedor del Pueblo.**

A diferencia de lo que ocurre con otros órganos institucionales (Consejo de Cuentas o Consejo Consultivo), la Constitución no previó un defensor del pueblo autonómico. En el artículo 14 del Estatuto de Autonomía para Galicia se indica que

*"Corresponde a la Comunidad Autónoma la creación y organización, mediante Ley de su Parlamento y con respeto a la institución del Defensor del Pueblo establecida en el artículo 54 de la Constitución, de un órgano similar que en coordinación con aquélla ejerza las funciones a que se refiere el mencionado artículo y cualesquiera otras que el Parlamento de Galicia pueda encomendarle".*

Dicho mandato se concretó con la publicación de la Ley 6/1984, del 5 de junio (*BOE* núm. 77, del 30 de marzo de 1985, modificada por la Ley 3/1994, del 18 de julio (*BOE* núm. 249, del 18 de octubre, por la Ley 1/2002, del 26 de marzo (*BOE* núm. 93, del 18 de abril), por la Ley 8/2008, del 10 de julio (*DOG* núm. 143, del 24 de julio), y, finalmente, por la Ley 10/2012, de 3 de agosto (*DOG* num. 154 , 13 de agosto). El texto de la ley, aunque siguiendo a grandes rasgos de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, procura ensanchar sus funciones, haciendo uso de la habilitación contenida en el artículo 14 del Estatuto de Autonomía de Galicia, y profundizar en el sentido de una mayor eficacia en el ejercicio de las funciones del Valedor del Pueblo.

El Valedor del Pueblo es el alto comisionado del Parlamento de Galicia (las relaciones entre ambas instituciones se llevan a cabo a través de la Comisión de Peticiones) para la defensa, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía. El Valedor del Pueblo podrá supervisar la actividad de la Administración de la Comunidad Autónoma gallega y la de sus entes y empresas públicas o dependientes, así como la de la Administración local en aquellas materias que son competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia. En este sentido, casi puede decirse que el Valedor del

Pueblo es un órgano auxiliar del control que el Parlamento de Galicia realiza del gobierno gallego.

Podrá ser elegido Valedor del Pueblo cualquier ciudadano que disfrute de la condición política de gallego, se encuentre en pleno uso de sus derechos civiles y políticos y conozca los idiomas oficiales de Galicia. Con todo, está sometido a un intenso régimen de incompatibilidad y, así, resulta incompatible con todo mandato representativo, cargo político o actividad de propaganda política, con la permanencia en servicio activo de cualquier Administración Pública; con la condición de miembro de partido político o con el desempeño de funciones directivas en un partido, sindicato, asociación o fundación, o con el empleo al servicio de estos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal o de cualquier actividad profesional, judicial, mercantil o laboral. El Valedor del Pueblo será elegido por el Parlamento de Galicia para un período de cinco años, precisando el apoyo de las 3/5 partes de su miembros, desempeñando sus funciones con autonomía.

Aunque el Valedor del Pueblo no tiene facultades resolutivas (ya que solo emite recomendaciones, consejos o propuestas), dispone de los medios necesarios para ejercer sus funciones de investigación de las actuaciones administrativas, de mediación o conciliación, de información o de promoción de modificaciones legales.

El Valedor del Pueblo, de oficio o a instancia de parte, podrá iniciar y proseguir cualquier investigación sobre:

- 1.- Los actos y resoluciones de la Administración Pública de la Comunidad, de la Administración local, incluidos sus organismos autónomos, así como las empresas y entes públicos o participados que de ella dependan, en el ámbito de las competencias que corresponden a la Comunidad.
- 2.- La actividad que realicen los/las conselleiros/-as y cualquier autoridad administrativa, funcionarios y agentes que actúen al servicio de la administración.

Toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo podrá dirigirse al Valedor del Pueblo sin ninguna restricción ni limitación. La presentación de la queja dirigida al Valedor del Pueblo es gratuita (y no precisa de la asistencia de abogado ni de procurador)

y habrá de ser formulada en el plazo de un año por escrito en el que conste la identificación, dirección del peticionario y se relate el hecho que la motiva.

Admitida a trámite una queja, el Valedor del Pueblo promoverá la oportuna investigación sumaria e informal. En todo caso, informará al organismo o dependencia administrativa del contenido sustancial de la solicitud, reuniendo cuantos datos estime pertinentes, que tendrán que serle remitidos en el plazo de quince días. La negativa o descuido de cualquier organismo, funcionario o de sus superiores responsables al envío de los informes solicitados podrá ser considerada por el Valedor del Pueblo de Galicia como hostil y entorpecedora de sus funciones, haciéndola pública de inmediato y destacando tal calificación en su informe anual o especial, de ser el caso, al Parlamento. También pondrá dichos hechos en conocimiento de su superior jerárquico, informando sobre su comportamiento por si fuese susceptible de corrección disciplinaria. Es necesario recordar que los poderes públicos de Galicia están obligados a prestar la ayuda y la cooperación que les sean demandados por el Valedor del Pueblo en sus investigaciones y actuaciones.

Como alto comisionado del Parlamento de Galicia, el Valedor del Pueblo emitirá un informe anual, dando cuenta del número de tipos de queja presentadas; de aquellas que fueron rechazadas y sus causas, así como de las que fueron objeto de investigación y su resultado, con especificación de las sugerencias o consejos admitidos por la Administración Pública Gallega. En los casos especialmente graves, podrá destacarse la persistencia en una actitud hostil o entorpecedora a su labor de cualquiera de los organismos, funcionarios/-as o personas al servicio de la Administración Pública, en su ámbito de competencias.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Bello Janeiro, D. (director): *Manual de dereito galego* (Tomo I), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1996.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (coordinador): *Dereito público galego*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1993.

- Sarmiento Méndez, X. A.: *Dereito parlamentario de Galicia*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2001.
- García De Enterría, E. (y otros): *Código de la leyes administrativas*, Civitas, Madrid, 2009.
- González-Ares Fernández, J. A., *El Valedor do Pobo, ombudsman de la Comunidad Autónoma de Galicia*, LA LEY 1601/2003.

[http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/BibliotecaInfInstitucional/Regulamento\\_do\\_Parlamento\\_de\\_Galicia.PDF](http://www.parlamentodegalicia.es/sites/ParlamentoGalicia/BibliotecaInfInstitucional/Regulamento_do_Parlamento_de_Galicia.PDF)

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE**

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 6**

# **LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA: EXCLUSIVAS, CONCURRENTES Y DE EJECUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO**

## **TEMA 6. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA: EXCLUSIVAS, CONCURRENTES Y DE EJECUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO**

### **Las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia en el Estatuto de Autonomía**

El título II del Estatuto de Autonomía de Galicia, rotulado “De las competencias de Galicia”, enumera las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de Galicia y regula el régimen jurídico de su ejercicio.

El capítulo I de dicho título, “De las competencias en general” (artículos 27 al 36), enuncia las competencias de la Comunidad Autónoma a través de cuatro listas:

- Competencias exclusivas.
- Competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación del Estado.
- Competencias de ejecución de la legislación del Estado.
- Competencias exclusivas de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado.

Además, se regulan de modo singular las competencias autonómicas en materias como la educación, la cultura, la sanidad y la Seguridad Social, y los medios de comunicación social.

También se prevé en este capítulo la posibilidad de que la Comunidad Autónoma celebre convenios y acuerdos de cooperación con otras comunidades autónomas, en desarrollo del artículo 145.2 de la Constitución (artículo 35, apartados primero y segundo, del Estatuto).

Los convenios tienen por objeto la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las comunidades autónomas implicadas y su celebración debe serles comunicada, antes de su entrada en vigor, a las Cortes Generales. Si ni éstas ni ninguna de sus cámaras manifiestan reparos en el plazo de treinta días a partir de la

recepción de la comunicación, el convenio entra en vigor; en caso contrario, deberá tramitarse como acuerdo de cooperación, lo que implica la necesidad de obtener autorización previa de las Cortes Generales, conforme el artículo 145.2 de la Constitución.

Igualmente, se prevé la posibilidad de que la Comunidad Autónoma solicite del Gobierno de la Nación que celebre y les presente, si procede, a las Cortes Generales, para su autorización, los tratados o convenios que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que la comunidad mantenga particulares vínculos culturales o lingüísticos (artículo 35.3 del Estatuto).

Para terminar, el artículo 36 habilita a la Comunidad Autónoma para solicitar del Estado la transferencia o delegación de competencias no asumidas en el Estatuto, de conformidad con el artículo 150.2 de la Constitución, que le permite al Estado transferir o delegar en las comunidades autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación.

Le corresponde al Parlamento de Galicia la competencia para formular dichas solicitudes y para determinar el organismo de la Comunidad Autónoma a cuyo favor se deberá atribuir en cada caso la competencia transferida o delegada.

Por su parte, el capítulo II, “Del régimen jurídico” (artículos 37 y 38), establece el régimen jurídico del ejercicio de las competencias autonómicas, que incluye:

- El alcance territorial de dichas competencias, que se entiende referido al territorio de la Comunidad Autónoma.
- Las funciones y potestades que abarcan.

El Estatuto distingue dos casos, que la posterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional matizó en los términos que se expondrán al hablar de cada tipo de competencia:

- Materias de competencia exclusiva, en las cuales le corresponde al Parlamento de Galicia la potestad legislativa en los términos previstos en el



Estatuto y en las Leyes del Estado a las que éste se refiere, y a la Xunta la potestad reglamentaria y la función ejecutiva.

- Competencias de ejecución, que llevan implícitas la correspondiente potestad reglamentaria, la administración y la inspección, aunque el ejercicio de esas potestades por la Comunidad Autónoma se realizará conforme las normas reglamentarias de carácter general que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado.
- La prevalencia del derecho autonómico sobre cualquier otro en las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.
- La supletoriedad del derecho estatal con respecto al autonómico.
- La determinación de las fuentes del derecho civil, en la que el Estado respetará las normas del Derecho Civil gallego.

### **Competencias exclusivas**

Sobre las competencias exclusivas de las comunidades autónomas, la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 señala que son “consustanciales a la titularidad de competencias exclusivas el ejercicio de las potestades legislativa y reglamentaria, así como el de la función ejecutiva, pues, como poder público dotado de autonomía política para su autogobierno en el marco de la Constitución, es evidente que, respetado el límite de las competencias reservadas al Estado, las comunidades autónomas pueden ser titulares exclusivas de cuantas potestades normativas y actos de ejecución puedan tener por objeto la disciplina y ordenación de las materias atribuidas a su exclusiva competencia. En otras palabras, siendo constitucionalmente posible la asunción autonómica de competencias que se quieren exclusivas sobre materias determinadas, o sobre sectores materiales de una misma realidad, es constitucionalmente necesario que con ellas se les atribuya a las comunidades autónomas el ejercicio de cuantas potestades y facultades agotan el tratamiento normativo de la materia o del sector material sobre los que se proyecta y en los que se realiza la competencia así calificada” (fundamento jurídico 59).

Ahora bien, en la misma sentencia y fundamento jurídico se advierte de la

“posibilidad de que las competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma se proyecten sobre sectores de la realidad respecto de los que también tiene competencia exclusiva el Estado”. Así, “las potestades normativas sobre una misma materia se les pueden atribuir a distintos titulares, de modo que la exclusividad de una competencia no es siempre coextensa con una materia, predicándose en ocasiones de la concreta potestad o función que sobre la totalidad o parte de una materia se le atribuye a un titular determinado”.

El artículo 27 del Estatuto enumera hasta 31 materias sobre las cuales se le atribuyen competencias exclusivas a la Comunidad Autónoma de Galicia, pero hay que tener en cuenta que no en todas ellas se produce realmente esa exclusividad competencial, por los motivos antes apuntados:

- Organización de las instituciones de autogobierno.
- Organización y régimen jurídico de las comarcas y parroquias rurales como entidades locales propias de Galicia, alteraciones de términos municipales comprendidos dentro de su territorio y, en general, las funciones que sobre el régimen local le correspondan a la Comunidad Autónoma al amparo del artículo 149.1.18.º, de la Constitución y su desarrollo.

En realidad, hay que advertir que éstas son competencias de desarrollo legislativo y ejecución, porque el artículo 149.1.18.º de la Constitución le atribuye al Estado competencia sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, como son las entidades locales.

- Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda.
- Conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del Derecho Civil gallego.
- las normas procesales y procedimientos administrativos que se deriven del específico derecho gallego o de la organización propia de los poderes públicos gallegos.

En relación con estas materias, hay que tener en cuenta que el artículo

149.1.6.º de la Constitución le atribuye al Estado competencia sobre legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas; y el artículo 149.1.18.º lo hace sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las comunidades autónomas.

- Estadística para los fines de la Comunidad Autónoma gallega.
- Obras públicas que no tengan la calificación legal de interés general del Estado o cuya ejecución o explotación no afecte a otra comunidad autónoma o provincia.

Al Estado le corresponde, según el artículo 149.1.24.º de la Constitución, la competencia exclusiva sobre obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una comunidad autónoma.

- Ferrocarriles y carreteras no incorporadas a la red del Estado y cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte llevado a cabo por estos medios o por cable.

Al Estado le corresponde, según el artículo 149.1.21.º de la Constitución, la competencia exclusiva sobre ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una comunidad autónoma.

- Los puertos, aeropuertos y helipuertos no calificados de interés general por el Estado y los puertos de refugio y puertos y aeropuertos deportivos.

Al Estado le corresponde, según el artículo 149.1.20.º de la Constitución, la competencia exclusiva sobre los puertos y aeropuertos de interés general.

- Montes, aprovechamientos forestales, vías pecuarias y pastos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.23.º de la Constitución.

En realidad, es una competencia de desarrollo legislativo y ejecución, ya que ese precepto constitucional le atribuye al Estado competencia sobre a legislación básica de montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

- Régimen jurídico de los montes vecinales en *man común*. Es preciso aplicar el mismo matiz que en el caso anterior.
- Aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos cuando las aguas discurren íntegramente dentro del territorio de la comunidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.22.º de la Constitución.

Según dicho precepto constitucional, le corresponden al Estado la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una comunidad autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.

- Instalaciones de producción, distribución y transporte de energía eléctrica cuando este transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra provincia o comunidad autónoma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.22.º y 25.º de la Constitución.

En particular, este último precepto constitucional le atribuye al Estado la competencia sobre las bases del régimen minero y energético.

- las aguas minerales y termales. las aguas subterráneas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.22.º de la Constitución.

Conviene recordar que la Comunidad Autónoma sólo tiene competencias sobre los aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por su territorio y, tocante a las aguas minerales y termales, el Estado es competente sobre las bases del régimen minero y energético.

- La pesca en las rías y demás aguas interiores, el marisqueo, la acuicultura, la caza, la pesca fluvial y lacustre.
- Las ferias y mercados interiores.
- La artesanía.

- Patrimonio histórico, artístico, arquitectónico, arqueológico, de interés de Galicia, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149.1.28.º de la Constitución; archivos, bibliotecas y museos de interés para la Comunidad Autónoma, y que no sean de titularidad estatal; conservatorios de música y servicios de bellas artes de interés para la comunidad.

Según el artículo 149.1.28.º de la Constitución, le corresponde al Estado la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación, así como los museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las comunidades autónomas.

- El fomento de la cultura y de la investigación en Galicia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.2 de la Constitución. El artículo 32 del Estatuto añade que le corresponden a la Comunidad Autónoma la defensa y promoción de los valores culturales del pueblo gallego.

En realidad, son competencias concurrentes con el Estado, porque el artículo 149.2 de la Constitución establece que, sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las comunidades autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las comunidades autónomas, de acuerdo con ellas.

- La promoción y la enseñanza de la lengua gallega.
- La promoción y la ordenación del turismo dentro de la comunidad.
- La promoción del deporte y la apropiada utilización del ocio.
- Asistencia social.
- La promoción del desarrollo comunitario.
- La creación de una Policía Autónoma, de acuerdo con lo que disponga la ley orgánica prevista en el artículo 149.1.29.º de la Constitución.

Este último precepto le atribuye al Estado competencia exclusiva sobre seguridad pública, pero sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las comunidades autónomas en la forma que se establezca en los respectivos estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

- El régimen de las fundaciones de interés gallego.
- Casinos, juegos y apuestas, con exclusión de las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas.
- Los centros de contratación de mercancías y valores de conformidad con las normas generales de derecho mercantil.

La legislación mercantil es competencia del Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.6.º de la Constitución.

- Cofradías de Pescadores, Cámaras de la Propiedad, Agrarias, de Comercio, Industria y Navegación y otras de naturaleza equivalente, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149 de la Constitución.

En realidad, se trata de una competencia de desarrollo legislativo y ejecución, ya que el artículo 149.1.18.º de la Constitución le atribuye al Estado competencia sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, entre las que se incluyen las citadas entidades.

- Normas adicionales sobre protección del medio natural y del paisaje en los términos del artículo 149.1.23.º.

Esta competencia es también de desarrollo legislativo y ejecución, porque ese precepto constitucional le atribuye al Estado competencia sobre legislación básica sobre protección del medio natural.

- Publicidad, sin perjuicio de las normas dictadas por el Estado para sectores y medios específicos.

Además, algunas de las competencias de carácter económico contempladas por el

artículo 30.1 del Estatuto son también exclusivas de la Comunidad Autónoma, aunque se puedan ver afectadas por la competencia “horizontal” que el artículo 149.1.13.º de la Constitución le atribuye al Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica:

- Fomento y planificación de la actividad económica en Galicia.
- Industria, sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar y las normas relacionadas con las industrias que estén sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear. Queda reservada a la competencia exclusiva del Estado la autorización para transferencia de tecnología extranjera.
- Agricultura y ganadería.
- Comercio interior, defensa del consumidor y del usuario, sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre la defensa de la competencia.
- Denominaciones de origen en colaboración con el Estado.
- Instituciones de crédito corporativo, público y territorial y cajas de ahorro.

En realidad, ésta es una competencia de desarrollo legislativo y ejecución, ya que el artículo 149.1.11.º le atribuye al Estado competencia sobre las bases de la ordenación del crédito, banca y seguros.

- Sector público económico de Galicia, en cuanto no esté contemplado por otras normas de este Estatuto.

### **Competencias concurrentes**

Señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2010 que “la previsión de que el Estado y las comunidades autónomas puedan compartir un ámbito material determinado en el ejercicio de diferentes potestades y funciones es una de las características típicas del modelo territorial del Estado autonómico. El concurso de dichas potestades y funciones sobre una misma materia se ordene en la Constitución, en

términos de principio, bien atribuyéndole al Estado central la competencia legislativa y permitiendo la atribución a las comunidades autónomas de las competencias de ejecución, bien confiándole al primero el establecimiento de normas legales básicas y haciendo posible que las comunidades autónomas desarrollen legislativamente esas bases y sean titulares de las correspondientes potestades de reglamentación y ejecución de la legalidad desarrollada” (fundamento jurídico 60).

En particular, en lo tocante a los supuestos en los que al Estado se le atribuye el establecimiento de la legislación básica, y a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo de esas bases y la ejecución, el Tribunal señala en la misma sentencia y fundamento jurídico que, aunque las bases estatales se deben fijar como regla general en normas con rango de ley, “también es posible predicar el carácter básico de normas reglamentarias y de actos de ejecución del Estado (STC 235/1999, de 16 de diciembre), y son factibles en las bases un alcance diferente en función del subsector de la materia sobre la que se proyecten y hasta sobre el territorio (SSTC 50/1990, de 6 de abril y 147/1991, de 4 de julio, respectivamente)”.

Asimismo, el Tribunal recuerda el “carácter mudable” de las bases, pues el Estado goza de una amplia discrecionalidad para determinar su alcance en cada caso concreto, con el único límite de que no pueden tener tal extensión que no dejen espacio para el desarrollo legislativo autonómico.

El artículo 28 del Estatuto de Autonomía enuncia una serie de materias sobre las cuales le atribuye a la Comunidad Autónoma competencias que califica expresamente de desarrollo legislativo y ejecución de bases estatales:

- Régimen jurídico de la Administración Pública de Galicia y régimen estatutario de sus funcionarios.

Al Estado le corresponden en estas materias, según el artículo 149.1.18.º de la Constitución, las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, les garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas.



- Expropiación forzosa, contratos y concesiones administrativas en el ámbito de las competencias propias de la Comunidad Autónoma.

La legislación sobre expropiación forzosa es, en realidad, íntegramente de competencia estatal, según el artículo 149.1.18.º de la Constitución.

- Régimen minero y energético.

El artículo 149.1.25.º de la Constitución le atribuye al Estado competencia sobre las bases de esta materia.

- Reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio e intervención de empresas cuando lo exija el interés general, prevista por el artículo 128.2 de la Constitución.

El artículo 149.1 no le atribuye expresamente al Estado competencia sobre las bases de esta materia.

- Ordenación del sector pesquero.

Al Estado le corresponde a competencia exclusiva sobre pesca marítima según el artículo 149.1.19.º de la Constitución, pero sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se les atribuyan a las comunidades autónomas.

- Puertos pesqueros.

El artículo 149.1 de la Constitución no le atribuye expresamente al Estado competencia sobre las bases de esta materia.

- Entidades cooperativas.

El artículo 149.1 de la Constitución no le atribuye expresamente al Estado competencia sobre las bases de esta materia.

- Establecimientos farmacéuticos.

El artículo 149.1 de la Constitución no le atribuye expresamente al Estado

competencia sobre las bases de esta materia.

El artículo 30.1 añade que es competencia de la Comunidad Autónoma el desarrollo y ejecución en Galicia de:

- Planes establecidos por el Estado para la reestructuración de sectores económicos.
- Programas genéricos para Galicia estimuladores de la ampliación de actividades productivas e implantación de nuevas empresas.
- Programas de actuación referidos a comarcas deprimidas o en crisis.

También se puede considerar de desarrollo legislativo y ejecución la competencia “plena” de la Comunidad Autónoma gallega para la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, a la vista de las facultades que le atribuye al Estado el artículo 149.1.30.º de la Constitución para regular las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y dictar normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

Finalmente, los artículos 33 y 34 del Estatuto enuncian otra serie de materias sobre las que le atribuyen a la Comunidad Autónoma competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica estatal:

- Sanidad interior.

O artículo 149.1.16.º de la Constitución le atribuye al Estado competencia sobre las bases y coordinación general de la sanidad.

- Seguridad Social, excepto las normas que configuran el régimen económico de la misma.

El artículo 149.1.17.º de la Constitución le atribuye al Estado competencia sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio

de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas.

- Régimen de radiodifusión, televisión, prensa y, en general, de todos los medios de comunicación social.

El artículo 149.1.27.º de la Constitución le atribuye al Estado competencia para dictar las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución les correspondan a las comunidades autónomas.

### **Competencias de ejecución de la legislación del Estado**

Verbo de la atribución a las comunidades autónomas de competencias de ejecución de la legislación del Estado, la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 reafirmó “la doctrina constitucional que tradicionalmente incluyó en el concepto «legislación», cuando se predica del Estado, la potestad reglamentaria ejecutiva (STC 196/1997, de 13 de noviembre), pues en la referencia a la «normativa del Estado» se comprenden con naturalidad las normas estatales adoptadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, además de las que son resultado de la potestad legislativa del Estado” (fundamento jurídico 61).

Por su parte, la competencia ejecutiva autonómica comprende la función ejecutiva *stricto sensu*, es decir, la aplicación administrativa de las normas estatales, así como “una competencia normativa de carácter funcional de la que resulten reglamentos internos de organización de los servicios necesarios para la ejecución y de regulación de la propia competencia funcional de ejecución y del conjunto de actuaciones precisas para la puesta en práctica de la normativa estatal (STC 51/2006, de 16 de febrero, FJ 4)... limitada a la emanación de reglamentos de organización interna y de ordenación funcional de la competencia ejecutiva autonómica” (misma sentencia y fundamento jurídico).

El artículo 29 del Estatuto le atribuye a la Comunidad Autónoma competencias de ejecución de la legislación estatal en las siguientes materias:

- Laboral, aunque el Estado se reserva todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin

perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias.

El artículo 149.1.7.º de la Constitución le atribuye al Estado competencia exclusiva sobre legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las comunidades autónomas.

- Propiedad industrial e intelectual.

El artículo 149.1.9.º de la Constitución le atribuye al Estado competencia exclusiva sobre legislación sobre propiedad industrial e intelectual.

- Salvamento marítimo.

Esta competencia de ejecución no se corresponde con ninguna competencia legislativa atribuida expresamente al Estado por el artículo 149.1 de la Constitución.

- Vertidos industriales y contaminantes en las aguas territoriales del Estado correspondientes al litoral gallego.

Esta competencia de ejecución no se corresponde con ninguna competencia legislativa atribuida expresamente al Estado por el artículo 149.1 de la Constitución, aunque tiene relación con la competencia estatal para dictar la legislación básica sobre protección del medio natural, recogida en el artículo 149.1.23.º.

También son competencias de ejecución de la legislación estatal las que el artículo 33 del Estatuto le atribuye a la Comunidad Autónoma en relación con la gestión del régimen económico de la Seguridad Social en Galicia, sin perjuicio de la caja única, y los productos farmacéuticos.

Conviene recordar a este respecto que el artículo 149.1.17.º de la Constitución le atribuye al Estado competencia sobre legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las comunidades autónomas; asimismo, el Estado ostenta la competencia exclusiva sobre legislación sobre productos farmacéuticos, de acuerdo con el artículo 149.1.16.º de la Constitución.

**LUIS MÍGUEZ MACHO**

REVISADO POR **SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA**

*Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia*, dirigidos por José Luís Carro Fernández-Valmayor, MAP, Madrid, 1991.

MEILÁN GIL, Xosé Luís, y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime, *O Dereito Estatutario Galego*, Parlamento de Galicia, Santiago de Compostela, 1988.

RUIZ MIGUEL, Carlos: *O Dereito Público de Galicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1997.

## **TEMA 7**

# **LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA GALLEGA. SU ORGANIZACIÓN. LAS DELEGACIONES DE GALICIA EN EL EXTERIOR**

## **TEMA 7. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA GALLEGA. SU ORGANIZACIÓN. LAS DELEGACIONES DE GALICIA EN EL EXTERIOR**

### **1. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: BASES DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS**

#### **1.1. La creación de Administraciones Públicas propias de las Comunidades Autónomas**

La Constitución de 1978 proclamó el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, posibilitando así la aparición de una nueva modalidad de Administración pública. De esta forma, hoy todas las Comunidades Autónomas disponen de su propia organización administrativa, encargada de la gestión de las competencias que tienen atribuidas en la Constitución y en los respectivos Estatutos de Autonomía.

El artículo 148.1.1 de la Constitución habilitó a todas la Comunidades Autónomas para crear una Administración Pública propia, al prever la posibilidad de que éstas asumiesen en sus Estatutos competencia exclusiva sobre "La organización de sus instituciones de autogobierno", como contenido esencial del propio concepto de Autonomía. En cualquier caso, las formas de organización de la Administración Pública de cada Comunidad Autónoma deben respetar los principios generales y las normas básicas del Estado.

Existe unanimidad en señalar que la Constitución ha sido excesivamente parca en esta materia, ya que se limita a esbozar las bases mínimas del sistema organizativo autonómico. Así el art. 152, referido específicamente a las regiones del art. 151, pero ampliado hoy ya a todas las Comunidades Autónomas, establece que "En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea legislativa, elegida por sufragio universal (...); un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la

ordinaria del Estado en aquella. El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea. Un Tribunal Superior de Justicia (...), culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (...).”

Por su parte, el art. 147.2, establece, como manifestación de la potestad de autoorganización, esencial a toda autonomía, que “Los Estatutos de Autonomía deberán contener: (...) c) La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias”.

Las formas de organización de cada Comunidad Autónoma y de su respectiva Administración son propias de cada una de ellas, si bien existe una notable semejanza entre todas y entre éstas y la Administración General del Estado, que en cierta medida ha servido como modelo y referente inicial. Así, todas las Comunidades Autónomas, como órganos superiores, además de un Presidente y en su caso los Vicepresidentes, cuentan con jefes de los distintos departamentos en número variable, dependiendo de las distintas áreas entre las que se reparte la gestión administrativa. La departamentalización es así la forma más generalizada, caracterizada por la división o especialización de la organización en áreas o departamentos, teniendo asignado cada uno tareas propias.

Cada Consejería está integrada a su vez por otras unidades menores. Así, por debajo de esta y bajo su dependencia jerárquica, existe un segundo nivel, en el que se encuentran las Secretarías Generales Técnicas, como órganos de apoyo que, además, centralizan la gestión administrativa interna. En este mismo nivel, fruto de la especialización funcional, existen también diferentes centros directivos, que se ocupan de un ramo o sector de competencias propias de la Consejería.

Dentro de cada Consejería o dependiendo directamente de la Presidencia, según los casos, existen también divisiones territoriales, coincidiendo normalmente con la división provincial, al frente de las que existe un Delegado que se ocupa de gestionar las competencias, bien de una Consejería o bien del conjunto de la Comunidad Autónoma, en un determinado territorio.

Éste es el esquema básico prácticamente común a todas las Administraciones autonómicas, aunque en algún caso a esa estructura se le añaden niveles intermedios



(Viceconsejeros, por ej.) u órganos de asistencia y apoyo (Gabinetes). Incluso esa estructura esencial llega a variar cuando se trata de organismos autónomos o entes públicos dependientes de la respectiva Consejería.

Hay que considerar también que, junto a los “órganos activos”, existe también una Administración consultiva, compuesta por Consejos especializados en materia económico-social, laboral o jurídica.

## **1.2. Las Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas**

La Constitución española consagra la uniformidad de la normativa administrativa básica y encomienda particularmente esa tarea unificadora al Estado cuando en su art. 149.1.18 le atribuye la competencia para determinar “las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

El Tribunal Constitucional ha sido quien ha delimitado el concepto de bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas al que se refiere el art. 149.1.18. El pronunciamiento más relevante en este sentido es el de la sentencia 32/81, de 28 de julio, sobre una Ley catalana que regulaba la transferencia de las diputaciones a la Generalidad. La sentencia comienza por reconocer que “(...)no será siempre fácil la determinación de qué es lo que haya de entenderse por regulación de las condiciones básicas o establecimiento de las bases del régimen jurídico y parece imposible la definición precisa y apriorística de ese concepto”. Dicho sintéticamente, la Sentencia rechaza tanto el concepto restrictivo como el amplio de las bases, al señalar que éstas no se limitan al procedimiento y régimen de recursos, ni puede decirse tampoco que abarcan todo el procedimiento administrativo. Establece que el Estado es competente para fijar las bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, en el sentido de garantizar la vigencia de criterios comunes para todas las Administraciones. De esta forma, considera que respetando esas condiciones básicas, las Comunidades Autónomas podrán legislar libremente.

La garantía constitucional que implica la existencia de dichos criterios comunes, entiende la sentencia, es de carácter general y configuradora, por tanto, de un modelo de Estado. Ello conduce, como consecuencia obligada, a entender que corresponde a éste la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado.

Al mismo tiempo, considera el Tribunal Constitucional que la fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme para todas las entidades locales de todo el Estado, sino que debe permitir opciones diversas, afirmación esta que permite contemplar por parte de las Comunidades Autónomas, en su regulación, las peculiaridades que a cada una le son propias.

A través de diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional, se ha podido llegar a una cierta enumeración de lo que puedan ser consideradas las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, de acuerdo con el art. 149.1.18 de la CE. Así se pueden citar, entre otras:

- La regulación de las relaciones entre Administraciones, así como las transferencias o delegaciones administrativas a favor de las Diputaciones Provinciales, y la coordinación y control de la actividad de las Entidades Locales.
- La determinación de la organización y competencias de las entidades que integran la Administración Local.
- La regulación de las elecciones locales.
- Las relaciones entre el Estado y las Haciendas de las Entidades Locales.
- Personalidad de las Administraciones públicas, constitución y funcionamiento y sus reglas de actuación.
- Regulación y Régimen Jurídico de las Universidades.
- Regulación de la Administración Electoral.

En el Estatuto de Autonomía de Galicia se contempla como de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma las normas sobre procedimiento administrativo que se deriven

del específico Derecho gallego -entendiendo por tal aquél referido a las normas que emanen del Parlamento o del Gobierno de Galicia- o de los poderes públicos gallegos, es decir, normas sobre procedimiento para la creación de órganos administrativos y sobre su organización y funcionamiento.

Por otra parte, considera como competencia de desarrollo legislativo y de ejecución de la legislación del Estado el régimen jurídico de la Administración pública de Galicia y régimen estatutario de sus funcionarios y materias como la expropiación forzosa y los contratos y concesiones administrativas sólo en el ámbito de competencias propias de la Comunidad Autónoma, ya que en las materias de competencia estatal en esos mismos supuestos se aplicará íntegramente la normativa legal y reglamentaria del Estado.

### **1.3. Principios básicos de actuación de las Administraciones Públicas**

El conjunto de las administraciones públicas están regidas por los mismos principios básicos que el Texto Constitucional enuncia y que integran su régimen jurídico.

Así, por un lado, los generales, como son los de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad.

Por otro lado, los principios más específicos de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (art. 103 CE)

En Galicia fue primeramente la Ley 1/83, de la Xunta y su Presidencia, la que recogió dichos principios. Más recientemente, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, señala en su art. 4.3 como principios a observar en su organización los de jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación, eficacia y eficiencia, simplificación, claridad, buena fe, imparcialidad, confianza legítima y proximidad a los ciudadanos.

La Constitución, en su Título IV, garantiza asimismo el sometimiento pleno de la actividad de las Administraciones públicas a la Ley y al Derecho tanto en lo que respecta a las normas que rigen su propia organización, como a su régimen jurídico, el procedimiento

administrativo y el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

Posteriormente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, materializó dicho principio constitucional mediante la adaptación normativa del régimen jurídico de las Administraciones. A ésta le han sucedido las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y 40/2015, también de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

La delimitación del régimen jurídico de las Administraciones se engloba en el esquema «bases más desarrollo» que permite a las Comunidades Autónomas dictar sus propias normas de régimen jurídico siempre que se ajusten a las bases estatales, ahora contenidas en la Ley 40/2015. No es así en cambio, respecto del procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, pues si bien ambas materias son, en su formulación jurídica, manifestación expresa de la aplicación del régimen jurídico, la Constitución, sin embargo, las contempla como una competencia normativa plena y exclusiva del Estado.

Así, la Ley 39/2015 recoge la concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, de aplicación general a todas las Administraciones Públicas, fijando las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa. Esta regulación, sin embargo, no agota las competencias estatales o autonómicas para establecer procedimientos específicos «ratione materiae», que deberán respetar, en todo caso, las aludidas garantías. Como establece el art. 1.2 de dicha ley, "sólo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar".

La Constitución determina la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer las especialidades derivadas de su propia organización pero, añadidamente, según tiene establecido el Tribunal Constitucional, como no se puede disociar la norma

sustantiva de la norma de procedimiento, aquéllas pueden dictar normas de procedimiento que sean necesarias para la aplicación de su Derecho sustantivo. En definitiva, de esta manera el Estado tiene competencia no sobre todo procedimiento sino sólo sobre aquel que deba ser común.

En todo caso, hay que decir que la regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrán de respetar siempre las reglas del procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integran el concepto de Procedimiento Administrativo Común.

Por su parte la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, fruto de la adaptación constitucional de la en su día polémica LOAPA, estableció en su art. 12, respecto del régimen jurídico de las Comunidades Autónomas, que:

“1. Será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas y a los Organismos que de ella dependan la legislación del Estado sobre el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de aquéllas. Tales especialidades deberán ser aprobadas por ley de la respectiva Comunidad Autónoma, sin que en ningún caso puedan reducirse las garantías que establece la legislación estatal en favor del administrado.

2. También será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas la legislación sobre expropiación forzosa y sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. La competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre contratos y concesiones administrativas se ajustará a la legislación básica del Estado.

3. No obstante lo establecido en el apartado anterior, en los supuestos en que corresponda a las Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en las referidas materias, se estará a lo dispuesto en la Constitución y en los respectivos Estatutos”.

## **2. LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

El Estatuto de Autonomía para Galicia regula esta materia en su Título III, "De la Administración Pública Gallega", que en su art. 39 recoge como primera y principal

declaración la de que “Le corresponde a la Comunidad Autónoma la creación y estructuración de su propia administración Pública, dentro de los principios generales y normas básicas del Estado”.

Por otra parte y a este respecto, en su art. 41 dispuso también que “La Comunidad Autónoma ejercerá sus funciones administrativas por órganos y entes dependientes de la Xunta de Galicia”.

De esta manera es como, en un primer momento, al amparo del Estatuto, y por el impulso resultante de las transferencias de servicios procedentes del Estado, ha ido surgiendo el aparato administrativo de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuyo bloque de competencias administrativas aparecen organizativamente sectorializadas.

Las bases del régimen jurídico y organización de la Administración pública gallega, en sus inicios y en un período posterior, fueron esencialmente recogidas en el propio Estatuto de Autonomía (Títulos III y IV), en la Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y de su Presidencia, ya citada, en la Ley 6/2001, de 29 de junio, de adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Es necesario citar también el Reglamento de régimen interior de la Xunta de Galicia de 1984, aprobado por Decreto 111/1984, de 25 mayo.

Con independencia del Estatuto de Autonomía, más recientemente, y como norma rectora de la organización y el régimen jurídico de la Administración gallega en la actualidad, hay que citar la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, que recoge, además de dichos aspectos, los referidos a la regulación del ejercicio de la potestad reglamentaria y del procedimiento de elaboración de reglamentos.

Esta Ley constituye un paso muy importante en la definición legal de la organización de la Administración gallega, teniendo en cuenta que hasta entonces la legislación sobre la materia constituía un conjunto de disposiciones dispersas, parciales en cuanto a su contenido y asistemáticas; por tanto, a todas luces insuficiente, en relación con lo que se precisaba para contemplar las vigentes necesidades de la Comunidad Autónoma, plenamente

consolidada en su organización administrativa.

La nueva Ley aporta así un marco normativo completo en lo que se refiere a la organización de la Administración gallega y, además, en particular, clarifica la tipología de entidades públicas que conforman el sector público gallego, hasta entonces confusa y contradictoria.

De este modo, el conjunto de la normas anteriormente referidas, y las de organización y estructura que a su amparo se han dictado con posterioridad, determinan las características esenciales de la Administración gallega en la actualidad.

La Ley 16/2010 en su preámbulo esboza lo que puede considerarse una definición de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuando señala que “para el ejercicio del poder ejecutivo, la Xunta y su presidente o presidenta (...) cuentan con una estructura administrativa organizativa para canalizar sus decisiones y que estas se realicen conforme a la legalidad. Esa estructura organizativa, dirigida por la Xunta y la persona titular de su Presidencia, y dotada toda ella de personalidad jurídica única, es la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia (...)”.

También el propio preámbulo refiere a este respecto que “Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia es el nombre que recibe la persona jurídica pública en la que se integra la Xunta de Galicia (...)”.

La Ley completa el marco que compone el conjunto de la Administración gallega, señalando que “en torno a la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia aparecen toda una serie de entidades de distinta naturaleza jurídica (...) que complementan o coadyuvan, junto con las demás instituciones gallegas, a la satisfacción de los intereses generales (...)”.

En definitiva, la Administración general de la Comunidad Autónoma, junto con los entes instrumentales, antes referidos, constituyen el que se denomina “sector público autonómico”.

En particular, por lo que al presente epígrafe interesa, los rasgos generales característicos de la Administración general de Galicia son contemplados por el artículo 2 de



la Ley cuando señala que “1. La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, constituida por órganos jerárquicamente ordenados y dirigida por la Xunta, actúa con personalidad jurídica única. 2. La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia desarrolla funciones ejecutivas de carácter administrativo, realizando las tareas en que se concreta el ejercicio de la acción de gobierno”.

### **3. SU ORGANIZACIÓN**

#### **3.1. Marco general**

La Administración general de la Comunidad Autónoma, como hemos dicho, aparece sectorialmente organizada según las diferentes áreas de actividad pública, repartidas entre órganos de un mismo nivel jerárquico, denominados Consellerías y dirigidas por un miembro del Gobierno, titular de la gestión de dicha área.

Existen dentro de la Administración órganos centrales, que ejercen su competencia en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, cuyo ejemplo más significativo son los órganos superiores.

Existen también órganos territoriales que sólo la ejercen con relación a una parte del territorio. Su representación más genuina son los departamentos o delegaciones territoriales de la Xunta de Galicia, adscritas orgánicamente a la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, con nivel orgánico de Dirección General (A Coruña, Lugo, Ourense, Pontevedra e Vigo).

Excepcionalmente, pueden existir también órganos que ejerzan su competencia fuera del territorio de la Comunidad Autónoma e incluso fuera del territorio estatal, como es el caso de las delegaciones en el exterior.

Dentro de los órganos centrales y como órganos superiores de la Xunta de Galicia se contemplan: la presidencia, la vicepresidencia o vicepresidencias –en su caso- las consellerías y las secretarías generales, órganos todos ellos a los que, en general, les está encomendado establecer los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad.

Esta última organización, en un segundo plano de la estructura piramidal, está compuesta por los denominados órganos de dirección que son las secretarías generales



técnicas, las direcciones generales y equivalentes, las vicesecretarías generales, las subdirecciones generales, las delegaciones territoriales, las secretarías territoriales y las jefaturas territoriales. Todas ellas tienen como misión general el desarrollo y ejecución de los planes de actuación establecidos por los órganos superiores.

Dentro de la Administración general de Galicia se pueden encuadrar también a los órganos superiores consultivos, que están dotados en muchos casos de autonomía orgánica y funcional respecto de la Administración en la que se encuadran. Entre ellos podemos citar como más significativos el Consejo Consultivo de Galicia, en cuanto superior órgano consultivo en materia jurídica, de la Xunta de Galicia, o el Consejo Económico y Social.

La Xunta, en cuanto órgano colegiado de Gobierno de Galicia tiene atribuida, además de la dirección política, la superior dirección de la Administración autonómica, haciendo uso para ello, según el art. 37.2 del Estatuto, de la función ejecutiva, que comprende dentro de ella la potestad reglamentaria, la administración y la inspección.

La Xunta, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y de su Presidencia, tiene, entre otras, como atribuciones más relevantes, las siguientes:

- Establecer las directrices y desarrollar el programa de gobierno.
- Elaborar los presupuestos de la Comunidad Autónoma, remitirlo al Parlamento para su aprobación.
- Aprobar los Proyectos de Ley para su remisión al Parlamento y acordar en su caso su retirada.
- Aprobar los reglamentos para el desarrollo y ejecución de las Leyes de Galicia así como los de las Leyes del Estado, cuando la competencia de ejecución corresponda a la Comunidad Autónoma en virtud del Estatuto de Autonomía o por delegación o transferencia.
- Aprobar y remitir al Parlamento los proyectos de convenios y acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas para la ratificación o aprobación, en su caso.

- Acordar la interposición de recursos de inconstitucionalidad, así como el personarse en las cuestiones de inconstitucionalidad que afecten a Galicia y el planteamiento de conflictos de competencias ante el Tribunal Constitucional.
- Resolver los recursos en vía administrativa en los casos previstos por las leyes.
- Resolver los conflictos de atribuciones que se susciten entre las diversas consellerías.
- Nombrar y destituir, a propuesta de quien ostente la titularidad de las consellerías respectivas, a los altos cargos de la Administración pública gallega de rango igual o superior a dirección general, así como a aquellos otros que legalmente se establezca.
- Determinar la estructura orgánica superior de la vicepresidencia o vicepresidencias y de las consellerías de la Xunta de Galicia.
- Deliberar acerca de aquellos asuntos cuya resolución deba revestir la forma de Decreto, o que, por su importancia y repercusión en la vida de la Comunidad Autónoma exijan el conocimiento o deliberación de la Xunta.

### **3.2. Órganos centrales de la Administración general de la Comunidad Autónoma.**

#### **Las consellerías: organización y estructura**

Como antes se ha indicado, la Administración central de la Comunidad Autónoma se organiza en centros directivos directamente dependientes de la Presidencia de la Xunta, atendiendo al principio de división material de competencias, que son las consellerías, correspondiendo a cada una de ellas el desarrollo de uno o de varios sectores de actividad administrativa.

Estos órganos están regulados en la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, ya citada.

Pues bien, conforme a la norma de referencia, son órganos superiores de las consellerías los siguientes:

A) Los conselleiros, que son los titulares de la consellería para la que han sido designados. Además forman parte del ejecutivo y del Consello de la Xunta.

Los conselleiros, como titulares o jefes de sus respectivos departamentos, están investidos de las siguientes atribuciones (art. 34 Ley 1/1983):

1. Ostentar la representación del departamento de que son titulares.
2. Proponer al Consello de la Xunta los nombramientos y ceses de los cargos de su consellería que requieran la forma de Decretos para su designación.
3. Ejercer la iniciativa, dirección e inspección de todos los servicios de la consellería y la alta inspección y demás funciones que les correspondan respecto de los organismos autónomos adscritos a la misma.
4. Proponer para su aprobación por el Consello de la Xunta la estructuración y organización de su consellería.
5. Proponer al Consello los proyectos de Ley o de Decretos relativos a las competencias atribuidas a su consellería.
6. Ejercer la potestad reglamentaria en las materias de su consellería.
7. Resolver los recursos administrativos promovidos contra las resoluciones de los organismos y entidades de la consellería, salvo cuando por Ley o reglamentariamente se atribuya esa facultad a otro órgano.
8. Formular el anteproyecto de presupuestos de su consellería.
9. Disponer los gastos propios de los servicios de su consellería no reservados a la competencia del Consello de la Xunta, dentro de los límites de la autorización presupuestaria e interesar la ordenación de los pagos correspondientes.
10. Firmar en nombre de la Xunta los contratos relativos a asuntos propios de su consellería.
11. Resolver los conflictos de atribuciones entre autoridades dependientes de su consellería.

B) Las secretarías generales, que son órganos superiores de la Administración general de la Comunidad Autónoma, directamente responsables de la ejecución de la acción de gobierno en un sector de actividad específica de una consellería bajo la dirección de la persona titular de esta, nombrada por decreto del Consello de la Xunta.

Los titulares de las secretarías generales dirigen y coordinan las direcciones generales situadas bajo su dependencia, y les compete en particular (art. 26 Ley 16/2010):

- a) La dirección y control del ejercicio de las competencias sobre el sector de la actividad administrativa que les haya asignado el decreto de estructura orgánica de la consellería, además de aquellas otras competencias que le delegue la persona titular de la consellería.
- b) Impulsar la consecución de los objetivos y la ejecución de los proyectos que, en su ámbito de actividad, sean encargados por el conselleiro, controlar su cumplimiento, supervisar la actividad de los órganos directivos adscritos e impartir instrucciones a sus titulares.
- c) Resolver los recursos interpuestos contra las resoluciones de los órganos directivos que dependan directamente de ellas cuando no pongan fin a la vía administrativa, y resolver también los conflictos de atribuciones suscitados entre dichos órganos.
- d) Cualquier otra competencia atribuida por otra norma jurídica.

Hay que decir, por último, que las secretarías generales directamente responsables de la ejecución de la acción de gobierno en un sector de actividad específica, o bien con funciones de apoyo y asesoramiento técnico, podrán integrarse en la Presidencia, con carácter excepcional, teniendo una de ellas atribuidas las competencias previstas para las Secretarías generales técnicas en el artículo 29 de la Ley 16/2010. Estas últimas tendrán dependencia funcional de la Presidencia y dependencia orgánica del conselleiro que se determine en la estructura correspondiente.

En cuanto a los órganos de dirección, dentro de las consellerías, son los siguientes:

A) Las secretarías generales técnicas son órganos apoyo y asistencia técnica del conselleiro y de las distintas áreas o direcciones que integran las consellerías y que, fundamentalmente, centralizan la gestión administrativa común de ésta (organización, personal, gestión económica, asesoría jurídica, etc.).

El titular de la Secretaría general es nombrado por decreto del Consello de la Xunta.

En cada consellería existe una secretaría general técnica dependiente jerárquicamente del conselleiro, cuyo titular desempeña, entre otras, las siguientes funciones:

- a) Representar a la consellería por orden de su titular.
- b) Coordinar, bajo la dirección de la persona titular de la consellería, los programas y actuaciones de las diferentes direcciones generales y entes del sector público adscritos.
- c) Actuar como órgano de comunicación con las demás consejerías.
- d) Dirigir y gestionar los servicios comunes del departamento, así como los órganos y unidades administrativas que estén bajo su dependencia.
- e) Velar por la organización, simplificación y racionalización de la actividad administrativa, y proponer las modificaciones encaminadas a mejorar y perfeccionar los servicios.
- f) Elaborar los proyectos de planes generales de actuación de la consejería.
- g) Elaborar el anteproyecto de presupuesto correspondiente a la consejería y llevar a cabo el seguimiento de la ejecución presupuestaria.
- h) Emitir informe sobre los anteproyectos de ley y proyectos de reglamentos de la consejería y tramitarlos.
- i) Gestionar los medios materiales adscritos al funcionamiento de la consejería.

j) Resolver los conflictos de atribuciones que surjan entre órganos dependientes de ella.

A las secretarías generales técnicas están adscritas orgánicamente, con nivel de subdirección general, la asesoría jurídica y la intervención delegada, que dependerán funcionalmente de la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia y de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, respectivamente.

B) Las direcciones generales, que son las unidades orgánicas básicas sectoriales en que se divide un departamento o consellería. Su titular es un director general.

En cada consellería existen una o varias direcciones generales con dependencia jerárquica del titular de la consellería o, en su caso, de la secretaría general.

Las direcciones generales desempeñan, entre otras, las siguientes funciones:

- a) Elaborar los programas de actuación específicos de la dirección general.
- b) Dirigir y gestionar los servicios y resolver los asuntos de la consellería que sean de su competencia y los que le delegue la persona titular de la consellería.
- c) Impulsar, coordinar y supervisar las actividades que se desarrollen en las dependencias a su cargo.
- d) Elaborar el proyecto de presupuesto y la memoria de funcionamiento de su centro directivo.
- e) Dictar o proponer a la persona titular de la consejería, según proceda, las resoluciones en materia de la competencia de su centro directivo.
- h) Formular al órgano competente propuestas sobre organización y funcionamiento de los servicios a su cargo.

Con carácter excepcional, en la Presidencia, dependiendo funcionalmente de ésta, podrán integrarse direcciones generales que desarrollarán sus competencias en los términos anteriormente previstos.

Los directores generales tienen a su cargo distintas unidades orgánicas, así: las subdirecciones generales, jefaturas de servicio, jefaturas de sección y jefaturas de negociado.

Hay que completar la explicación significando que son los Decretos de estructura orgánica de la Xunta de Galicia donde se plasman las Consellerías existente en cada período, así como su orden de prelación.

Dentro de la estructura orgánica de la Xunta puede haber también las Comisiones Delegadas del Gobierno, que son órganos colegiados con funciones deliberantes y decisorias, creados para gestionar competencias específicas en determinadas materias y cuya composición varía en función de la especialidad propia de la Comisión de que se trate. Entre ellas se pueden citar la Comisión Delegada para Asuntos Económicos o la de Cooperación Local.

### **3.3. La Administración territorial o periférica de la Comunidad Autónoma**

Hasta la aprobación del Decreto 245/2009, de 30 de abril, la Administración territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia giraba en torno a la figura de los delegados provinciales de las distintas consellerías, habiendo por tanto, en el respectivo ámbito territorial, tantos delegados como consellerías existían. Las nuevas normas sobre estructura orgánica establecidas en el año 2009, basadas en criterios de racionalización de la Administración pública, suprimieron 52 delegaciones provinciales y territoriales, que fueron sustituidas por la nueva figura de las delegaciones territoriales a las que están adscritas, en cada territorio, todas las antiguas delegaciones territoriales de las consellerías, que ahora con la Ley 16/2010 pasan a denominarse jefaturas territoriales, con otro rango orgánico.

Las nuevas delegaciones territoriales así surgidas quedan adscritas orgánicamente a la consellería competente en materia de administraciones públicas, con nivel orgánico de dirección general, y su estructura orgánica, su ámbito territorial y sus competencias deben ser establecidos mediante decreto. En todo caso, se configuran como órganos decisorios y representativos del presidente de la Xunta y del Gobierno autonómico y coordinadores de la Administración periférica de la Xunta de Galicia.

El ámbito territorial de las delegaciones está delimitado por la respectiva provincia, salvo las delegaciones de Pontevedra y Vigo. A la delegación territorial de Pontevedra corresponden todos los ayuntamientos de la provincia, con excepción de los adscritos a la delegación territorial de Vigo (Nigrán, Baiona, Fornelos de Montes, Gondomar, Pazos de Borbén, Mos, O Porriño, Redondela, Salceda de Caselas, Salvaterra de Miño, Soutomaior, Vigo, Cangas y Moaña).

Al frente de cada delegación territorial está un delegado, con rango de director general. Su nombramiento se efectuará mediante decreto del Consello de la Xunta de Galicia, en virtud de lo establecido en los arts. 4.13 y 37.1 b) de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, de Normas Reguladoras de la Xunta y de su Presidencia, a propuesta del conselleiro competente en materia de administraciones públicas.

La Ley 16/2010, de 17 de diciembre, le atribuye, en concreto, en su ámbito territorial y entre otras, las siguientes competencias:

- Representar a la Xunta.
- Mantener las necesarias relaciones de cooperación y, en su caso, coordinación, con la Administración del Estado, los entes locales y otros organismos públicos.
- Coordinar la actuación de todos los órganos y unidades administrativas autonómicas, así como, en su caso, la de las entidades del sector público autonómico con ámbito territorial de actuación igual o inferior al de la delegación territorial.
- Ser los órganos de contratación de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia en sus respectivos ámbitos competenciales.

Además de las señaladas le corresponden, en el ámbito estrictamente interno:

- Coordinar los órganos en que se estructura la delegación territorial, impulsar la actividad administrativa y velar por el eficaz empleo de los medios disponibles en el territorio de su competencia.
- Disponer cuanto concierne al régimen interior y de personal de la delegación en



todas sus dependencias.

Las delegaciones se estructuran en los siguientes órganos:

- a) Secretaría territorial. Con el nivel orgánico de subdirección general. es el órgano de apoyo y asesoramiento al delegado en el ejercicio de sus competencias generales, a quien sustituye en caso de vacante, ausencia o enfermedad.
- b) Jefaturas territoriales. Son los órganos de ejercicio de las competencias administrativas de cada una de las consellerías, de las que dependen orgánica y funcionalmente, y estarán integrados por aquellos servicios o áreas que sean necesarios para una mayor eficacia de la gestión administrativa. Al frente de los departamentos territoriales están los jefes territoriales.
- c) Comisión territorial de coordinación. Es el órgano de apoyo al delegado territorial para el impulso y coordinación del funcionamiento del conjunto de los departamentos de la delegación territorial. Está presidida por el delegado territorial y forman parte de ella los jefes territoriales y el secretario territorial, quien actúa como secretario de la comisión.

Son órganos superiores de la delegación territorial el delegado y la secretaría territorial.

Sin perjuicio de su integración en la delegación territorial a efectos de coordinación, los departamentos territoriales dependen orgánica y funcionalmente de las consellerías que correspondan por razón de la materia.

Además de todos los órganos señalados, en cada delegación territorial existe un gabinete jurídico territorial, encuadrado orgánicamente en la delegación territorial, que depende funcionalmente de la Asesoría Jurídica General, de acuerdo con sus normas reguladoras.

Igualmente, existe una intervención territorial, encuadrada orgánicamente en la delegación territorial y funcionalmente dependiente de la Intervención General, a la que le corresponden las competencias que le asignen las normas reguladoras de dicho centro directivo.

#### **4. LAS DELEGACIONES DE GALICIA EN EL EXTERIOR**

Están previstas en el Decreto 224/2006, de 30 de noviembre, por el que se regulan las delegaciones de Galicia en el exterior.

Estos órganos se sustentan en la existencia de actividades realizadas por la Xunta de Galicia fuera de las fronteras del Estado, que son llevadas a cabo, mayoritariamente, a través de la Secretaría General de Emigración y de la Secretaría General de Relaciones Exteriores, órgano este último al que están adscritas las delegaciones.

Dichas actuaciones exteriores han encontrado respaldo en la doctrina del Tribunal Constitucional, que reconoce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan llevar a cabo actividades de relieve internacional con base en el ejercicio de las competencias propias con dimensión internacional o en la proyección hacia el exterior de la Comunidad Autónoma. En cualquier caso, por encima de dichas actividades exteriores está la máxima representación de España en el exterior que, como se sabe, corresponde siempre al Estado, actualmente regulada en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado y la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

La presencia de la Xunta de Galicia en el exterior responde básicamente a tres necesidades:

- La de apoyar y coordinar las relaciones con las comunidades gallegas asentadas en el exterior, que se desarrollan al amparo de la Ley 4/1983, de 15 de junio, de reconocimiento de la galleguidad.
- El impulso de la política en materia de cooperación internacional al desarrollo que lleva a cabo la Administración gallega con base en la Ley 3/2003, de 19 de junio, de cooperación al desarrollo.
- La necesidad de prestar apoyo y asistencia institucional a las empresas gallegas en el exterior –en especial en lo que respecta a las PYMES- en coordinación con las oficinas comerciales de las delegaciones diplomáticas españolas.

El artículo 2 del Decreto de creación concibe a las delegaciones de la Xunta de

Galicia en el exterior como unidades administrativas situadas fuera del territorio del Estado Español, creadas por medio de decreto del Consello de la Xunta, a iniciativa de su Secretaría General de Relaciones Exteriores, y previo informe preceptivo de su oportunidad y de las necesidades operativas, recabado de las consellerías y entidades con competencias materiales susceptibles de proyección internacional.

Se señalan específicamente como funciones de estas delegaciones, entre otras, las siguientes:

- Dar soporte al presidente de la Xunta de Galicia en el ejercicio de sus atribuciones como máximo representante de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Fomentar las relaciones de Galicia con las instituciones y órganos de gobierno de su área geográfica de acción.
- Impulsar las acciones de promoción de la cultura y lengua gallegas.
- Prestar apoyo administrativo e institucional a los emigrantes gallegos y a las comunidades gallegas en el exterior. De esta manera, estas delegaciones tendrán la responsabilidad de la coordinación, gestión y difusión, así como el control, seguimiento y información de los programas dirigidos a la emigración.
- Prestar apoyo a las acciones de cooperación que, dentro de la programación exterior de Galicia, la Xunta establezca en el ámbito socioeconómico y de promoción del turismo.
- Colaborar en el seguimiento y evaluación de los planes, programas y proyectos de cooperación al desarrollo que se realicen en el área geográfica asignada.
- Prestar asistencia técnica, orientación e información sobre Galicia y sobre el área geográfica asignada, a los agentes sociales allí situados, a los gallegos, a sus descendientes y a los interesados que respectivamente se lo demanden.

Al frente de cada delegación exterior existe un delegado nombrado por el Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta del Conselleiro de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia, al que corresponde la dirección de la unidad administrativa, la jefatura

del personal, y el ejercicio de las competencias que le sean delegadas o encomendadas.

Bajo la autoridad del delegado existe la secretaría de la delegación, a la que corresponden, básicamente, las funciones de régimen interior, personal y la coordinación de las distintas áreas funcionales.

Por otra parte, en cada delegación exterior está prevista la creación de una oficina de registro de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Asimismo, se contempla la creación de un registro de oficinas autonómicas en el exterior al que accederán aquellas oficinas de titularidad autonómica o que ejerzan cualquier tipo de representación exterior bajo mandato de una autoridad autonómica que fueran reglamentariamente creadas.

La creación de una delegación exterior determina la integración en ella de todas las oficinas registradas ubicadas en el área geográfica atribuida a su ámbito de acción. Excepcionalmente, pueden mantenerse las oficinas sectoriales cuando existan razones técnicas que lo justifiquen por la especialidad del trabajo realizado y se garantice su estrecha coordinación con la correspondiente delegación exterior.

Finalmente, la creación de oficinas sectoriales en Estados en los que no exista una delegación de la Xunta de Galicia requerirá su autorización previa mediante acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aja, Eliseo y García Morales, María J.: **El sistema jurídico de las comunidades autónomas**. Tecnos, Madrid 1985.
- Beltrán Aguirre, Juan Luis. **Los principios organizativos de la Administración social: descentralización, participación, coordinación y cooperación**. Documentación Administrativa, núm. 271-272, págs. 207-236. 2005
- Muñoz Machado, S.: **Derecho público de las comunidades autónomas**. Civitas. Madrid 1982.
- Rodríguez Arana, J. y García Mexía, P.: **Curso de Derecho público de las**

**comunidades autónomas.** Montecorvo e INAP, Madrid 2003.

- Gumersindo Trujillo Fernández,.: **Lecciones de Derecho Constitucional Autonómico.** Tirant lo Blanch. Valencia 2004
- Varios autores.: **El funcionamiento del Estado autonómico.** Ministerio de Administraciones Públicas. **Madrid** 1999.
- Varios autores dirigidos por José Luis Carro Fernández- Valmayor.: **Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Galicia.**: Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid 1991.

## **TEMA 8.**

**LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO DE GALICIA. LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO DE GALICIA. LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE GALICIA**

## **TEMA 8. LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO DE GALICIA. LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO DE GALICIA. LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE GALICIA**

### **1.1.- CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES**

#### **1.1.1.- CONCEPTO**

Empleando una terminología convencional, presente desde hace tiempo en el derecho administrativo español, se denomina “ente matriz” al ente que crea a otro para que realice funciones o tareas específicas cuyo desarrollo, en principio, le asignó el ordenamiento jurídico a él, y “ente instrumental” al ente creado con el fin de desarrollar dichas funciones o tareas.

Estas funciones o tareas específicas pueden tener naturaleza pública –como el ejercicio de competencias propias de la Administración matriz o la erogación de servicios de su titularidad– o naturaleza privada –como, como por ejemplo, la realización de actividades de mercado.

El papel de administraciones matrices les corresponde, esencialmente, a las administraciones territoriales, ya que son estas las que, de modo directo o indirecto, crean a otros sujetos, de naturaleza tanto pública como privada, con el fin de que desarrollen en su lugar concretas actividades de su competencia.

#### **1.1.2.- TIPOS**

El artículo 45 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la administración general y del sector público autonómico de Galicia (en adelante, LOFAGGA), distingue dos tipos de entidades instrumentales en el sector público gallego:

a) Las entidades públicas instrumentales:

- Organismos autónomos.
- Agencias públicas autonómicas.

- Entidades públicas empresariales.

- Consortios autonómicos.

b) Otras entidades instrumentales:

- Sociedades mercantiles públicas autonómicas.

- Fundaciones del sector público autonómico.

Hay que señalar que, de acuerdo con la disposición adicional quinta de la LOFAGGA, la denominación de las entidades instrumentales debe ajustarse al tipo de entidad de que se trate en cada caso, sin que se puedan utilizar denominaciones que induzcan a confusión por hacer referencia a una modalidad de entidad distinta.

### **1.1.3.- CARACTERES**

De conformidad con el artículo 46 de la LOFAGGA, las entidades instrumentales tienen personalidad jurídica propia y diferenciada respecto de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuentan con patrimonio y tesorería propios y disfrutan de autonomía de gestión.

Deberán ajustarse al principio de instrumentalidad respecto de los fines y objetivos que les asigne su norma de creación que tendrán, en todo caso, la consideración de fines y objetivos propios de la Comunidad Autónoma de Galicia.

### **1.1.4.- CREACIÓN**

Sólo se podrán crear estas entidades cuando las especiales características de las actividades que se les encomienden o razones de eficacia justifiquen la organización y el desarrollo de tales actividades en régimen de descentralización funcional que permita autonomía de gestión y mayor cercanía a la ciudadanía.

La LOFAGGA establece, además, la previsión de que la creación de nuevas entidades instrumentales del sector público autonómico no supondrá, en ningún caso, la duplicación de los servicios públicos que ya sean prestados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, ya que dicha creación irá acompañada de las previsiones necesarias para suprimir o restringir debidamente la competencia de otros órganos o de otras entidades preexistentes.



Por último, el artículo 52 de la LOFAGGA crea el Registro de entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, integrado en la consellería competente en materia de hacienda, en el que se inscribirán preceptivamente la constitución de estas entidades y los demás actos relativos a ellas que se determinen reglamentariamente. Asimismo, se depositarán en él las cuentas anuales de cada entidad, para su remisión al Consejo de Cuentas.

Este registro tendrá carácter público y contará con tantas secciones y subsecciones como tipos de entidades prevé la LOFAGGA. Además, se garantizará la coordinación y colaboración entre este registro y aquellos otros registros de la Administración de la Comunidad Autónoma en los que consten datos de estas entidades.

#### **1.1.5.- RÉGIMEN DE PERSONAL Y DE CONTRATACIÓN**

En cuanto al régimen aplicable a su personal, la LOFAGGA establece una serie de precisiones:

- a) Le será de aplicación, en su ámbito respectivo, lo dispuesto en el artículo 37 del Estatuto básico del empleado público en relación con las materias objeto de negociación (artículo 46.5).
- b) La aprobación de los instrumentos por los que se regulen las condiciones de trabajo del personal y el régimen retributivo de las entidades instrumentales requerirá, en todo caso, el informe previo y favorable de los centros directivos competentes en materia de presupuestos y de función pública, y deberán ser negociados con las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública. Con carácter general, a través de estos instrumentos se implantará un régimen retributivo similar al del resto del personal laboral de la Xunta de Galicia, sin perjuicio de la existencia, en su caso, de complementos de productividad o conceptos equivalentes vinculados al grado de cumplimiento de objetivos (artículo 46.6).
- c) Las distintas clases de personal, tanto funcionario como laboral, que pasen a prestar servicios en los entes instrumentales del sector público autonómico mantendrán el régimen jurídico de origen, sin perjuicio de los procesos de integración que se lleven a cabo de acuerdo con la normativa correspondiente. Se respetará el

supuesto del personal laboral susceptible de ser incluido, por sus características, en los procesos de funcionarización que, de acuerdo con la Ley de la función pública gallega, se deban implementar (artículo 46.7).

d) Las indemnizaciones máximas que por asistencia les puedan corresponder a los integrantes de los órganos superiores de dirección de las entidades instrumentales del sector público autonómico serán fijadas mediante acuerdo del Consello de la Xunta, con el informe favorable de la consellería competente en materia de hacienda (artículo 53).

En materia de contratación, las entidades instrumentales integrantes del sector público autonómico se regirán por las normas generales de contratación del sector público, en función de la calificación que les corresponda en virtud del ámbito subjetivo de la normativa básica estatal (artículo 51 LOFAGGA).

## **1.2.- ENTES PÚBLICOS INSTRUMENTALES EN GENERAL**

### **2.1.- PERSONIFICACIÓN Y TIPOLOGÍA**

De acuerdo con el artículo 57 de la LOFAGGA, las entidades públicas instrumentales tienen personalidad jurídica propia diferenciada respecto de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión y, dentro de la esfera de su competencia, les corresponden las potestades administrativas necesarias para el cumplimiento de sus fines.

Cada entidad pública instrumental se adscribe directamente, o a través de otra entidad instrumental, a la consellería o al órgano competente por razón de la materia, de acuerdo con lo que determine su norma de creación (artículo 56 LOFAGGA).

En cuanto a su tipología, según lo dispuesto en el artículo 67 de la LOFAGGA, las entidades públicas instrumentales adoptarán la forma de organismos autónomos, agencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariales o consorcios.

### **1.2.2.- CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN**

#### **1.2.2.1.- CREACIÓN**

Según el artículo 54 de la LOFAGGA, la creación de entidades públicas

instrumentales integrantes del sector público autonómico, excepto en el caso de los consorcios, requiere autorización por ley, en la que se establecerá:

- a) El tipo de entidad que se crea.
- b) El objeto y los fines generales de la entidad.
- c) El régimen jurídico general al que ajustará el desarrollo de su actividad.
- d) La consellería, el departamento o el órgano de adscripción.

El anteproyecto de ley de autorización irá acompañado de una memoria, en la que se precisarán los siguientes aspectos:

- a) El objetivo y los fines que se persiguen con la creación de la entidad propuesta.
- b) El tipo de entidad y su justificación.
- c) Las consecuencias organizativas de la creación de la entidad propuesta y, en particular, su incidencia sobre las funciones y competencias de otros órganos o entidades preexistentes.
- d) Los recursos que garanticen la viabilidad económico-financiera de la entidad propuesta, previo informe favorable de la consellería competente en materia de hacienda.

Tras aprobación de la ley por la que se autoriza la creación de la entidad instrumental, se procederá a su creación y a la aprobación de sus estatutos por decreto del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería de adscripción, previo informe favorable de las consellerías competentes en materia de administraciones públicas y de hacienda.

El proyecto de estatuto, que será elaborado por la consellería de adscripción, recogerá, como mínimo, los siguientes elementos:

1. Las funciones que desarrollará.
2. La determinación de la sede y de su estructura orgánica, concretando: sus órganos; las facultades de cada uno de ellos; la forma de designación de sus componentes y el régimen de funcionamiento y desarrollo de su actividad, indicando aquellos órganos cuyos actos ponen fin a la vía administrativa.

3. La participación, en su caso, de otras administraciones públicas en sus órganos de gobierno.
4. La regulación sobre los medios personales, materiales y económico-financieros y sobre su patrimonio.

El proyecto de estatuto tiene que ir acompañado de un plan inicial plurianual de actuación de la entidad, que incluya:

- Un plan estratégico para su puesta en funcionamiento y el inicio efectivo de la realización de las actividades que tenga encomendadas.
- Un plan económico-financiero con la previsión de los recursos materiales y presupuestarios precisos para su puesta en funcionamiento, previo informe favorable de la consellería competente en materia de hacienda.
- La previsión de los recursos humanos necesarios.

En el caso de las agencias públicas autonómicas, el plan inicial de actuación abarcará hasta la entrada en vigor del primer contrato de gestión.

#### ***1.2.2.2.- MODIFICACIÓN***

De conformidad con el artículo 55 de la LOFAGGA, la modificación de los estatutos de las entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico se llevará a cabo por decreto del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería de adscripción, previo informe favorable de las consellerías competentes en materia de administraciones públicas y de hacienda. Cuando la modificación propuesta afecte a los contenidos incluidos dentro del ámbito de materias enunciadas en el artículo 37 del Estatuto básico del empleado público, será negociada con las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública.

#### ***1.2.2.3- EXTINCIÓN***

La extinción de las entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico se llevará a cabo en los términos previstos en la ley que autoriza su creación o, ante la falta de previsión expresa de esta, por decreto del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería de adscripción, previo informe favorable de las consellerías

competentes en materia de administraciones públicas y de hacienda. Estas disposiciones determinarán el destino de los bienes, de los derechos y de las obligaciones del organismo así como las medidas aplicables a sus empleados en el marco de la legislación reguladora de cada tipo de personal (artículo 55.2 LOFAGGA).

### **1.2.3.- ORGANIZACIÓN**

Según el artículo 63 de la LOFAGGA, en toda entidad pública instrumental deberá existir un órgano superior colegiado de gobierno denominado «consejo rector» y un órgano unipersonal de gobierno al que le corresponderá la presidencia de la entidad y del propio consejo rector.

La composición del consejo rector y las funciones de éste y del presidente serán determinadas en la normativa específica de cada entidad.

Por debajo del consejo rector y de su presidente existirá la estructura administrativa que en cada caso determine la normativa específica de cada entidad.

#### **1.2.3.1.- ÓRGANOS DE GOBIERNO**

Los órganos de gobierno son la presidencia y el consejo rector, si bien en el estatuto de cada entidad se podrán prever otros órganos de gobierno con atribuciones distintas y, en todo caso, subordinadas a las del consejo rector (artículo 64 LOFAGGA).

La presidencia le corresponderá a la persona titular de la consellería de adscripción, si bien en el estatuto de la entidad podrá establecerse la posibilidad de que el Consello de la Xunta nombre a otra persona para desempeñar el cargo, a propuesta de la persona titular de la consellería de adscripción.

La composición del consejo rector y el régimen aplicable a sus miembros se establecerá en el estatuto de cada entidad, respetando, en todo caso, las reglas previstas en el artículo 64.3 de la LOFAGGA:

1. Los miembros del consejo rector serán nombrados por la persona titular de la consellería de adscripción.
2. La persona titular de la dirección del organismo será miembro nato del consejo rector.

3. La consellería competente en materia de hacienda deberá contar, cuando menos, con un representante en el consejo rector. En las entidades cuyo objeto afecte a las competencias de varias consellerías, cada una de estas debe contar también, como mínimo, con un representante en el consejo rector.
4. En las entidades con participación de otras administraciones públicas, los representantes de estas serán designados directamente por ellas.
5. La persona titular de la secretaría del consejo rector será designada y nombrada por este.

El consejo rector ejercerá las funciones que se le atribuyan en el estatuto de cada entidad, si bien el artículo 64.4 de la LOFAGGA establece las atribuciones que, como mínimo, le corresponderán:

1. El seguimiento, la supervisión y el control superiores de la actuación de la entidad y de la gestión de la persona titular de la dirección.
2. La aprobación de un informe general anual de la actividad desarrollada por la entidad y de cuantos extraordinarios considere necesarios sobre su gestión, con la valoración de los resultados obtenidos y la consignación de las deficiencias observadas.
3. La aprobación del anteproyecto de presupuestos anuales y de la contratación de obligaciones de carácter plurianual, dentro de los límites que tenga fijados.
4. La aprobación de las cuentas anuales y, en su caso, la distribución del resultado del ejercicio, de acuerdo con la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia.
5. En las agencias públicas autonómicas, la propuesta del contrato de gestión de la agencia y la aprobación de los objetivos y planes de acción anuales y plurianuales, así como de los criterios cuantitativos y cualitativos de medición del cumplimiento de dichos objetivos y del grado de eficiencia en la gestión, en el marco establecido por el contrato de gestión.

### *2.3.2.- ÓRGANOS EJECUTIVOS*

De conformidad con el artículo 65 de la LOFAGGA, son órganos ejecutivos la dirección y/o la secretaría general o cargos asimilados, cualquiera que sea su denominación.

Las personas titulares de la dirección serán nombradas y separadas por decreto del Consello de la Xunta, a propuesta de la persona titular de la consellería de adscripción, entre personas que reúnan la cualificación necesaria para el cargo, según se determine en el estatuto de cada entidad. Las personas titulares de la secretaría general serán nombradas y separadas según se determine en la norma de creación y/o en el estatuto de cada entidad.

Las personas titulares de los órganos ejecutivos son responsables de la gestión ordinaria de la entidad y ejercen las competencias inherentes a sus cargos, así como las que expresamente se les atribuyen en la presente ley y en los estatutos y las que les deleguen los órganos de gobierno.

#### **1.2.4.- PERSONAL**

##### **1.2.4.1.- ASPECTOS GENERALES**

El personal al servicio de las entidades integrantes del sector público autonómico podrá ser funcionario, estatutario o laboral, de acuerdo con lo previsto en la LOFAGGA y en la normativa aplicable a los empleados públicos, y estará sujeto al régimen de incompatibilidades que derive de su condición (artículo 58 LOFAGGA).

La aprobación y modificación tanto de la plantilla como de la propuesta de relación de puestos de trabajo serán acordadas por los órganos superiores de gobierno y dirección, previo informe favorable de los centros directivos competentes en materia de presupuestos y de función pública, y la contratación será decidida por el órgano que señale su normativa específica o sus estatutos. En todo caso, la aprobación de la relación de puestos de trabajo con personal funcionario y/o laboral de la Xunta de Galicia estará sometida en su tramitación a la normativa general establecida en la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre modificaciones o aprobaciones de estos instrumentos de planificación de personal.

La selección de su personal, excepto el directivo y demás excepciones previstas en

la LOFAGGA, será realizada por el centro directivo competente en materia de función pública y le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público relativas a: a) Composición y funcionamiento de los tribunales o de las comisiones de selección; b) Bases de las convocatorias y c) Pruebas de selección.

La aprobación de los instrumentos por los que se regulen las condiciones de trabajo del personal y el régimen retributivo de estas entidades instrumentales requerirá, en todo caso, informe previo y favorable de los centros directivos competentes en materia de presupuestos y de función pública, y deberán ser negociadas previamente con las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública.

En cuanto al personal laboral, deberá tenerse en cuenta lo establecido en las disposiciones adicionales de la LOFAGGA.

Así, según la disposición adicional undécima, el Consello de la Xunta de Galicia, mediante decreto, podrá establecer los procedimientos que habiliten la progresiva integración como personal laboral de la Xunta de Galicia del personal laboral fijo de las entidades instrumentales a las que les sea aplicable la LOFAGGA que no esté sometido a la normativa general de función pública o al convenio colectivo del personal de la Xunta de Galicia, mientras que la integración del personal de las entidades instrumentales del ámbito sanitario se regirá por su normativa específica.

El establecimiento de dichos procedimientos y de las referidas condiciones de integración será negociado con las organizaciones sindicales presentes en la Mesa General de Empleados Públicos.

Se deberá tener en cuenta también que la disposición adicional duodécima de la LOFAGGA establece que se podrán establecer acuerdos de movilidad que le permitan al personal de las entidades instrumentales participar en concursos de traslados del personal laboral de la Xunta de Galicia. Estos acuerdos deberán ser de carácter mutuo y ser negociados con las organizaciones sindicales representadas en la Mesa General de Empleados Públicos, y no podrán ser efectivos, por lo menos, hasta que se celebre el concurso de traslados del personal laboral de la Xunta de Galicia, previsto en el actual convenio colectivo.



#### *2.4.2.- PERSONAL LABORAL TEMPORAL*

La celebración de contratos laborales de duración determinada, según el artículo 59 de la LOFAGGA, debe ser autorizada por los órganos superiores de gobierno y dirección, contando con los informes favorables previos de los centros directivos competentes en materia de función pública y de presupuestos, sin que, en ningún caso, puedan dar lugar a contratos indefinidos. La selección de este personal se realizará entre las personas incluidas en las listas de la Administración autonómica o, en su caso, a través de los servicios públicos de empleo.

Excepcionalmente, estas entidades podrán acogerse a un sistema de listas previo por categorías, previa autorización del centro directivo competente en materia de función pública, tras la negociación con las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública.

En todo caso, el procedimiento de selección deberá adaptarse a la naturaleza de la entidad, según lo establecido en la Ley de la función pública de Galicia.

#### **1.2.4.3.- PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN**

La contratación de personal de alta dirección se someterá a los principios de mérito y capacidad, entre personas que reúnan los requisitos de solvencia académica, profesional, técnica o científica que en cada caso sean necesarios para el desarrollo de la función (artículo 60 LOFAGGA).

La fijación de sus retribuciones deberá contar con un informe previo favorable de los centros directivos competentes en materia de presupuestos y de función pública. Sólo por razones vinculadas a la especial calificación profesional, estas retribuciones podrán igualar o superar a las de la persona titular de la Presidencia de la Xunta.

#### **1.2.5.- PATRIMONIO Y CONTRATACIÓN**

El régimen patrimonial de las entidades públicas instrumentales será el determinado por la Ley de patrimonio de la Comunidad Autónoma y demás normativa que le sea de aplicación (artículo 61 LOFAGGA).

El órgano de contratación de la entidad instrumental será el fijado por sus estatutos. Además, la persona titular de la consellería de adscripción podrá fijar la

duración o cuantía a partir de la cual es necesaria su autorización para la celebración de contratos, excepto que dicha autorización corresponda al Consello de la Xunta (artículo 62 LOFAGGA).

### **1.2.6.- IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS Y RECLAMACIONES**

Los actos administrativos de los órganos de las entidades públicas instrumentales son susceptibles de los recursos administrativos previstos en la legislación básica sobre régimen jurídico de las administraciones públicas. Los actos dictados por el consejo rector o por el presidente agotan la vía administrativa, excepto que su ley de autorización específica prevea la posibilidad de recurso de alzada impropio ante un órgano de la consellería de adscripción (artículo 66 LOFAGGA).

Las reclamaciones previas, en asuntos civiles y laborales, serán resueltas por el consejo rector, excepto que en su normativa específica se le asigne tal competencia a un órgano de la consellería de adscripción.

## **1.3.- ENTIDADES PÚBLICAS INSTRUMENTALES EN PARTICULAR**

### **1.3.1.- LOS ORGANISMOS AUTÓNOMOS**

#### ***1.3.1.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO***

De acuerdo con el artículo 68 de la LOFAGGA, los organismos autónomos son entidades públicas instrumentales cuya organización y funcionamiento se regulan por el derecho administrativo, y que se someten al derecho privado sólo en aquellos casos en los que corresponda de acuerdo con la normativa general o sectorial aplicable.

Estas entidades instrumentales, conforme a su normativa específica, podrán ejercer actividades de intervención, de fomento, de gestión de servicios públicos o de apoyo a la función administrativa en régimen de descentralización funcional.

#### ***1.3.1.2.- FUNCIONAMIENTO***

La actividad de los organismos autónomos se desarrollará de acuerdo al plan anual de actuación de cada uno de ellos, que será aprobado por orden de la consellería de adscripción dentro del marco del programa plurianual de esta última, contando con el informe favorable de la consellería competente en materia de hacienda, según lo

establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 70 LOFAGGA)

El contenido del plan de actuación se determinará reglamentariamente, debiendo incluir, en todo caso:

- Los objetivos y resultados que deban ser obtenidos por el organismo.
- Los recursos personales, materiales y presupuestarios precisos para la consecución de los objetivos y resultados fijados.

#### **1.3.1.3.- PERSONAL**

El personal al servicio de los organismos autónomos será funcionario, estatutario o laboral, en los mismos términos establecidos para la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 69 LOFAGGA).

A la contratación de personal laboral fijo al servicio de los organismos autónomos le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público y las normas reglamentarias que la desarrollen, relativas a: a) Composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección; b) Bases de las convocatorias y c) Pruebas de selección.

Se fijará en los estatutos el órgano que tenga atribuidas las competencias internas en materia de gestión de recursos humanos.

En cuanto a las relaciones de puestos de trabajo de los organismos autónomos, estas serán aprobadas por la Xunta de Galicia de acuerdo con la normativa aplicable en la materia y después de negociación con las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública.

#### **1.3.1.4.- FINANCIACIÓN**

Los organismos autónomos se financiarán con los recursos mencionados en el artículo 71 de la LOFAGGA:

- Las transferencias consignadas en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Los ingresos propios que perciban como contraprestación por las actividades que

puedan realizar en virtud de contratos, convenios o disposiciones legales para otras entidades públicas o privadas o personas físicas.

- El producto de la enajenación de los bienes y valores que constituyan su patrimonio, de acuerdo con lo establecido en la legislación de patrimonio de la Comunidad Autónoma.
- El rendimiento procedente de sus bienes y valores.
- Las aportaciones voluntarias, donaciones, herencias, legados y demás aportaciones a título gratuito de entidades privadas y particulares.
- Los ingresos recibidos de personas físicas y jurídicas como consecuencia del patrocinio de actividades o instalaciones.
- Los demás ingresos de derecho público o privado que estén autorizados a percibir.
- Cualquier otro recurso que se les pueda atribuir.

#### ***1.3.1.5.- RÉGIMEN PRESUPUESTARIO, ECONÓMICO-FINANCIERO, DE CONTABILIDAD Y DE CONTROL***

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control de los organismos autónomos será el establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 72 LOFAGGA).

Además, según el artículo 73 de la LOFAGGA, los organismos autónomos estarán sometidos a un control de eficacia en el cumplimiento de su plan de actuación, que será ejercido por la consellería de adscripción y por la unidad administrativa con competencias en evaluación y reforma administrativa.

Este control de eficacia tendrá por objeto comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos fijados a los organismos autónomos y la adecuada utilización de los recursos que les hubiesen sido asignados para la consecución de estos objetivos, así como una continua evaluación del cumplimiento de los fines previstos en la creación de la citada entidad pública instrumental.

### **1.3.2.- LAS AGENCIAS PÚBLICAS AUTONÓMICAS**

#### **1.3.2.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO**

El artículo 74 de la LOFAGGA define las agencias públicas autonómicas como aquellas entidades a las que, para el cumplimiento de programas específicos correspondientes a políticas públicas de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, se les encomienda la realización de actividades en régimen de descentralización funcional y gestión por objetivos.

La importancia de estas entidades queda evidenciada por el hecho de que en las disposiciones adicionales segunda, tercera y cuarta de la LOFAGGA se autoriza la creación de la Agencia Gallega de Innovación, la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia y la Agencia Gallega de Infraestructuras.

El régimen jurídico interno de las agencias públicas autonómicas se regirá por el derecho administrativo, y el régimen jurídico externo, por el derecho privado o por el derecho administrativo, según determinen sus leyes de creación y la normativa general aplicable, pudiendo integrar sus normas específicas elementos de régimen jurídico propios de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales.

Finalmente, la LOFAGGA permite que la persona titular de la presidencia de cada agencia autonómica, en calidad de máxima representación de la entidad, suscriba con entidades públicas y privadas convenios de colaboración excluidos de la legislación de contratos del sector público en nombre de la entidad que preside.

#### **1.3.2.2.- FUNCIONAMIENTO**

La actuación de las agencias públicas autonómicas se sujetará al principio y a los mecanismos de gestión transparente por objetivos, que son: el contrato plurianual de gestión, el plan de acción anual, el informe de actividad y las cuentas anuales (artículo 74.4 LOFAGGA).

El contrato plurianual de gestión, según el artículo 80 de la LOFAGGA, deberá establecer, como mínimo, y para el período de su vigencia, los siguientes aspectos:

- a. Los objetivos que se persigan, los resultados que se pretendan obtener y, en general, la gestión que se va a desarrollar.

- b. Los planes necesarios para alcanzar los objetivos, con especificación de los marcos temporales correspondientes y de los proyectos asociados a cada una de las estrategias y sus plazos temporales, así como los indicadores para evaluar los resultados obtenidos.
- c. Las previsiones máximas de la plantilla y el marco de actuación en materia de gestión de recursos humanos.
- d. Los recursos personales, materiales y presupuestarios que es necesario aportar para la consecución de los objetivos.
- e. Los efectos asociados al grado de cumplimiento de los objetivos establecidos en lo que atañe a la exigencia de responsabilidad por la gestión de los órganos ejecutivos y del personal directivo, debiendo determinar los mecanismos que permitan la exigencia de dichas responsabilidades.
- f. La cuantía de la masa salarial destinada al complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral se fijará según lo establecido en la Ley de la función pública y en las leyes anuales de presupuestos de la Comunidad Autónoma. Esta cuantía estará vinculada estrictamente al grado de cumplimiento de los objetivos fijados, con el informe previo favorable de las direcciones generales competentes en materia de función pública y de presupuestos, en los términos aprobados en el contrato plurianual de gestión.
- g. El procedimiento que se seguirá para la cobertura de los déficits anuales que, en su caso, se pudieren producir por insuficiencia de los ingresos reales respecto de los estimados y las consecuencias de responsabilidad en la gestión que se deban seguir de tales déficits.
- h. El procedimiento para la introducción de las modificaciones o adaptaciones anuales que, en su caso, procedan.

El consejo rector de cada agencia aprobará la propuesta del primer contrato plurianual de gestión en el plazo de tres meses desde su constitución. Los posteriores contratos plurianuales de gestión se presentarán en el último trimestre de la vigencia del anterior.

La aprobación del contrato plurianual de gestión tendrá lugar por acuerdo del Consello de la Xunta, a propuesta de las consellerías de adscripción y de las competentes en las materias de administraciones públicas y de hacienda, en un plazo máximo de tres meses contados desde su presentación. En caso de no ser aprobado en este plazo, mantendrá su vigencia el contrato de gestión anterior.

Además, de conformidad con el artículo 81 de la LOFAGGA, el consejo rector de cada agencia autonómica, a propuesta de su director, aprobará los documentos públicos, a los que tendrán acceso ciudadanos desde su aprobación:

1. El plan de acción de cada año, sobre la base de los recursos disponibles.
2. El informe general de actividad correspondiente al año ya anterior.
3. Las cuentas anuales, acompañadas del informe de auditoría de cuentas.

En el primer trimestre de cada año, cada agencia autonómica, a través de su director, informará a su consellería de adscripción y a las competentes en las materias de administraciones públicas y de hacienda acerca de la ejecución y del cumplimiento de los objetivos fijados en el contrato de gestión durante el anterior ejercicio.

La transparencia en la gestión de las agencias públicas autonómicas aparece recogida expresamente en el artículo 88 de la LOFAGGA, que exige la publicación en su sede electrónica de información actualizada sobre los siguientes aspectos:

1. El contrato de gestión de la agencia, el plan de acción anual, el informe general de actividad y las cuentas anuales, acompañadas del informe de auditoría de cuentas.
2. Las redes de conocimiento e intercambio de información que impulse y, en su caso, otras que existan en el territorio de Galicia.
3. Los recursos públicos destinados por la Xunta de Galicia a las políticas que desarrolle la agencia y las condiciones y formas de acceso a ellos.
4. Otros recursos públicos o privados destinados a similares fines y disponibles en el ámbito de Galicia, de los que la agencia tenga conocimiento.
5. Los procedimientos y medios de acceso de los interesados a los servicios de la agencia y los derechos que a tal efecto les correspondan.

Además, en sus estatutos incorporarán los mecanismos precisos para garantizar dicho acceso y se incluirá la posibilidad de acceder, a través de la correspondiente página web, a la información sobre tales documentos.

### **1.3.2.3.- PERSONAL**

El personal de las agencias públicas autonómicas estará constituido por personal funcionario, estatutario y/o laboral de la Xunta de Galicia y, en su caso, por personal laboral propio (artículo 75 LOFAGGA).

El personal laboral propio se regirá por la LOFAGGA, por el Estatuto de los trabajadores y por el resto de la normativa laboral. Sus condiciones retributivas serán las determinadas en su convenio colectivo de aplicación y sus cuantías se fijarán de acuerdo con lo establecido en las leyes de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.

Las distintas clases de personal integrantes de las agencias públicas autonómicas se regirán por su normativa de origen, con las especialidades establecidas en la LOFAGGA y en su estatuto.

En materia de selección de personal, el artículo 76 de la LOFAGGA establece que les corresponde a las agencias autonómicas la determinación, previo informe favorable del órgano directivo de la Administración general de la Comunidad Autónoma competente en materia de función pública, de los criterios de selección de su personal laboral y la convocatoria y gestión de los procesos selectivos de este, de acuerdo con los principios de concurrencia, igualdad, publicidad, mérito y capacidad y demás establecidos por la legislación general de empleo público.

A la contratación de su personal laboral propio le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público y las normas reglamentarias que la desarrollen, relativas a: a) Composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección; b) Bases de las convocatorias y c) Pruebas de selección.

La movilidad del personal funcionario, estatutario y laboral de la Xunta de Galicia destinado en las agencias públicas autonómicas se someterá al régimen general previsto en la normativa de función pública (artículo 77 LOFAGGA).

El artículo 78 de la LOFAGGA regula el régimen retributivo del personal de las



agencias públicas autonómicas, estableciendo que:

- Los conceptos retributivos del personal funcionario serán los establecidos en la normativa reguladora de la función pública de la Xunta de Galicia y de los presupuestos de la Comunidad Autónoma, con las especialidades previstas en la LOFAGGA y en el estatuto de creación. Sus cuantías se determinarán en el marco del contrato de gestión.
- Las condiciones retributivas del personal laboral serán las determinadas en el convenio colectivo de aplicación. Sus cuantías se fijarán también en el marco del contrato de gestión.
- La cuantía de la masa salarial destinada a complemento de productividad o concepto equivalente del personal laboral se vinculará estrictamente al grado de cumplimiento de los objetivos fijados en el contrato de gestión.
- En el marco de la política de recursos humanos y de acuerdo con los sistemas de representación y participación del personal, se establecerá un sistema de evaluación que sirva de instrumento objetivo para la valoración del desempeño de los puestos de trabajo y la asignación de la productividad, sin que, en ningún caso, se pueda superar la cuantía de la masa que disponga el contrato de gestión. El sistema de evaluación valorará rendimientos colectivos de las unidades y realizará una valoración individual de cada puesto de trabajo.

Finalmente, el artículo 79 de la LOFAGGA recoge las especialidades aplicables al personal directivo de las agencias públicas autonómicas, disponiendo que:

- Ocupará puestos definidos como tales en la relación de puestos de trabajo o en la plantilla en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica e importancia de las funciones asignadas a ellos.
- Será nombrado y separado por el consejo rector, por propuesta motivada de la dirección, entre personas que acrediten competencia profesional e idoneidad.
- Su regulación tendrá en cuenta lo establecido en el artículo 13 del Estatuto básico del empleado público y en la normativa de desarrollo de la

Comunidad Autónoma.

#### **1.3.2.4.- FINANCIACIÓN**

Las agencias públicas autonómicas se financian con los recursos indicados en el artículo 82 de la LOFAGGA:

- a) Las transferencias consignadas en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- b) Los ingresos propios que perciban como contraprestación por las actividades que puedan realizar en virtud de contratos, convenios o disposiciones legales para otras entidades públicas o privadas o personas físicas.
- c) El producto de la enajenación de los bienes y valores que constituyan su patrimonio, de acuerdo con lo establecido en la legislación de patrimonio de la Comunidad Autónoma.
- d) El rendimiento procedente de sus bienes y valores.
- e) Las aportaciones voluntarias, donaciones, herencias, legados y demás aportaciones a título gratuito de entidades privadas y particulares.
- f) Los ingresos recibidos de personas físicas y jurídicas como consecuencia del patrocinio de actividades o instalaciones.
- g) Los demás ingresos de derecho público o privado que estén autorizadas a percibir.
- h) Cualquier otro recurso que se les pueda atribuir.

#### **1.3.2.5.- RÉGIMEN PRESUPUESTARIO, ECONÓMICO Y DE CONTROL**

Le corresponderá al consejo rector de cada agencia autonómica elaborar y aprobar el anteproyecto de presupuesto, que le será remitido para su examen a la consellería de adscripción, para que se lo adjunte junto con el presupuesto de la propia consellería a la competente en materia de hacienda para la elaboración de los presupuestos de la Comunidad Autónoma (artículo 83 LOFAGGA).

Será la consellería competente en materia de hacienda la que determine la estructura del presupuesto de las agencias públicas autonómicas y la documentación que hay que adjuntar a este.

Los presupuestos de las agencias públicas autonómicas tendrán carácter limitativo por su importe global y carácter estimativo para la distribución de los créditos en categorías económicas, excepto los correspondientes a gastos de personal y capital que, en todo caso, tienen carácter limitativo y vinculante por su cuantía total.

En los supuestos en que sean necesarias variaciones en el presupuesto, estas serán autorizadas por:

- La persona titular de la consellería competente en materia de hacienda, a propuesta de la dirección de cada agencia autonómica, en los casos de variaciones de la cuantía global del presupuesto, así como de aquellas que afecten a gastos de personal y de capital.
- La persona titular de la dirección de la agencia autonómica, previo informe favorable de la comisión de control y siempre que existan garantías suficientes de su efectividad y del correspondiente equilibrio presupuestario, dando cuenta, con posterioridad, a la consellería competente en materia de hacienda, en los siguientes casos:
  - Las restantes variaciones por encima de lo inicialmente presupuestado.
  - Variaciones en la cuantía global, si concurren dos requisitos:
    - que sean financiadas con alguno de los recursos mencionados en las líneas b), e), f) y g) del artículo 82 de la LOFAGGA, es decir, con ingresos propios que perciban como contraprestación por las actividades que realicen en virtud de contratos, convenios o disposiciones legales para otras entidades públicas o privadas o personas físicas; con aportaciones voluntarias, donaciones, herencias, legados y demás aportaciones a título gratuito de entidades privadas y particulares; con ingresos recibidos de personas físicas y jurídicas como consecuencia del patrocinio de actividades o instalaciones; o con otros ingresos de derecho público o privado que estén autorizadas a percibir.
    - que se destinen directamente a fines de la agencia con dotación

presupuestaria.

No se podrán adquirir compromisos de gasto que se extiendan a más de cuatro ejercicios, y el gasto que se le impute a cada uno de ellos no podrá sobrepasar de la cantidad que resulte de aplicarle al importe total de cada programa, excluidos el capítulo de personal y los restantes créditos que tengan carácter vinculante, los siguientes porcentajes: el 70 % en el ejercicio inmediato siguiente, el 60 % en el segundo, y el 50 % en los ejercicios tercero y cuarto.

Sin embargo, el Consello de la Xunta, a propuesta de la Consellería de Hacienda, podrá modificar estos porcentajes e importes, así como el número de anualidades, en los casos especialmente justificados por petición de la correspondiente consellería y después de los informes que se consideren oportunos y, en todo caso, el de la dirección general competente en materia de presupuestos.

En cuanto al remanente de tesorería no afectado, la dirección de la agencia podrá acordar incorporarlo al presupuesto del ejercicio siguiente, previo informe preceptivo y vinculante de la Dirección General de Presupuestos, que se pronunciará respecto de sus efectos sobre la estabilidad presupuestaria, y dando cuenta de este acuerdo a la comisión de control.

El artículo 84 de la LOFAGGA prohíbe para las agencias públicas autonómicas el recurso al endeudamiento a largo plazo, excepto que lo autorice expresamente una norma con rango de ley, añadiendo que en la Ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de cada ejercicio se autorizará el límite máximo del endeudamiento a corto plazo.

El régimen económico-financiero de las agencias públicas autonómicas, en lo no previsto en la LOFAGGA, será el establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 85 LOFAGGA). En particular, le corresponderá a la Intervención General de la Comunidad Autónoma: a) Establecer los criterios que precise la aplicación de la normativa contable a las agencias públicas autonómicas y b) Ejercer el control interno de la actividad económico-financiera de las agencias públicas autonómicas.

Las subvenciones establecidas o gestionadas por las agencias autonómicas se regirán por lo establecido en el artículo 3.1 de la Ley 9/2007, de 3 de junio, de subvenciones de Galicia, y por la normativa que la desarrolle (artículo 86 LOFAGGA).

Finalmente, el artículo 87 de la LOFAGGA establece que en las agencias públicas autonómicas se constituirá una comisión de control, bajo la dependencia orgánica del consejo rector. En todo caso, estará integrada por un representante de la consellería competente en materia de hacienda, un representante de la agencia pública autonómica, un representante de la consellería de adscripción y un representante de la consellería competente en materia de evaluación y reforma administrativa.

Corresponde a la comisión de control informar al consejo rector sobre la ejecución del contrato de gestión y, en general, sobre todos aquellos aspectos relativos a la gestión económico-financiera que deba conocer el propio consejo y que se determinen en el estatuto de cada agencia.

### **1.3.3.- LAS ENTIDADES PÚBLICAS EMPRESARIALES**

#### ***1.3.3.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO***

Las entidades públicas empresariales son entes instrumentales a los que se les encomienda la realización, según los criterios de gestión empresarial, de actividades prestacionales, de gestión de servicios públicos o de producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación (artículo 89 LOFAGGA).

Su organización y su régimen jurídico interno se regularán por el derecho administrativo, y su régimen jurídico externo por el derecho privado, excepto en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente previstos en normas con rango de ley.

#### ***1.3.3.2.- FUNCIONAMIENTO***

De conformidad con el artículo 91 de la LOFAGGA, la actividad de las entidades públicas empresariales se desarrollará de acuerdo con el plan anual de actuación de cada una de ellas, que será aprobado por orden de la consellería de adscripción, dentro del marco del programa plurianual de esta última, previo informe favorable de la consellería competente en materia de hacienda, de acuerdo con lo establecido por la legislación de

régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El contenido del plan de actuación se determinará reglamentariamente y deberá incluir, en todo caso:

1. Los objetivos y resultados que deban ser alcanzados por el organismo.
2. Los recursos personales, materiales y presupuestarios necesarios para la consecución de los objetivos y resultados fijados.

#### ***1.3.3.3.- PERSONAL***

El personal de las entidades públicas empresariales se sujetará al régimen previsto en el artículo 58 de la LOFAGGA.

#### ***1.3.3.4.- FINANCIACIÓN***

Las entidades públicas empresariales se financian, según el artículo 92 de la LOFAGGA, preferentemente con los ingresos propios que perciban como contraprestación por las actividades que puedan realizar en virtud de contratos, convenios o disposiciones legales para otras entidades públicas o privadas o personas físicas.

Excepcionalmente, cuando así lo establezca la ley que autorice su creación, se financiarán con las transferencias consignadas en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia.

#### ***1.3.3.5.- RÉGIMEN PRESUPUESTARIO, ECONÓMICO Y DE CONTROL***

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control de las entidades públicas empresariales será el establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 93 LOFAGGA).

Además, las entidades públicas empresariales estarán sometidas a un control de eficacia en el cumplimiento de su plan de actuación, que será ejercido por la consellería de adscripción (artículo 94 LOFAGGA).

Este control tendrá por objeto comprobar el grado de cumplimiento de los objetivos fijados y la adecuada utilización de los recursos que les fueron asignados para la consecución de estos objetivos.

El control del cumplimiento de los compromisos específicos que, en su caso,

asumiera la entidad pública empresarial en un convenio o contrato-programa le corresponderá a la comisión de seguimiento regulada en el propio convenio o contrato-programa, sin perjuicio de los posibles controles previstos en la legislación presupuestaria.

### **1.3.4.- LOS CONSORCIOS**

#### **1.3.4.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO**

La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia podrá constituir, mediante convenio, consorcios con otras administraciones públicas para la gestión de servicios de su competencia o para la consecución de fines de interés común, así como con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de la Xunta de Galicia, para la realización de estos.

Según el artículo 95 de la LOFAGGA, tienen la consideración de consorcios autonómicos aquellos consorcios en los que la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, directamente o a través de las entidades instrumentales, aportase mayoritariamente los medios necesarios para su constitución y funcionamiento o se hubiese comprometido, en el momento de su constitución, a financiarlos mayoritariamente, siempre que la actuación de sus órganos de dirección y gobierno esté sujeta al poder de decisión de la Administración general de la Comunidad Autónoma o de otra entidad instrumental.

Los consorcios autonómicos son entidades instrumentales de la Administración general de la Comunidad Autónoma dotadas de personalidad jurídica propia, que sujetan su actividad a las normas que rigen la organización, el funcionamiento y la actuación de las administraciones públicas, así como a lo establecido en su convenio de creación y en su estatuto.

En sus estatutos determinarán la consellería de adscripción, sus fines, así como las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero. En todo caso, deberá garantizarse la presencia mayoritaria del sector público, en los órganos de los que se dote el consorcio.

Para la gestión de los servicios que se le encomienden podrá utilizarse cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las administraciones consorciadas.

#### ***1.3.4.2.- CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN Y DISOLUCIÓN***

Según el artículo 96 de la LOFAGGA, la propuesta de convenio de constitución del consorcio y de sus estatutos será formulada por la consellería a la que vaya a quedar adscrito, después de negociación con las demás administraciones públicas y entidades con que se pretenda constituir el consorcio, e irá acompañada de una memoria en la que se precisarán los aspectos previstos en el artículo 54.2 de la LOFAGGA y de un plan plurianual de actuación con el contenido establecido en el artículo 54.6 de la LOFAGGA. Por acuerdo del Consello de la Xunta se autorizará la firma del convenio de constitución. Cuando los consorcios vayan a quedar adscritos a un órgano dependiente de la presidencia, le corresponderá a este la tramitación del convenio.

Finalmente, el Consello de la Xunta aprobará, mediante decreto, la constitución del consorcio y sus estatutos, a propuesta de la consellería a la que se hace referencia en el punto anterior.

La modificación de los estatutos se llevará a cabo por decreto del Consello de la Xunta, después del acuerdo del órgano competente del consorcio, a propuesta de la consellería de adscripción.

Los estatutos establecerán las causas de disolución del consorcio, que requerirá decreto del Consello de la Xunta de Galicia, previo acuerdo del órgano competente del consorcio.

Reglamentariamente se establecerán el procedimiento y las reglas que se deberán observar para la constitución de los consorcios autonómicos y para la elaboración de sus estatutos, así como para su modificación y disolución.

#### ***1.3.4.3.- FUNCIONAMIENTO***

El estatuto de cada consorcio autonómico determinará sus fines, así como su régimen orgánico y funcional (artículo 97 LOFAGGA).

Los órganos colegiados de gobierno de los consorcios autonómicos estarán integrados por representantes de todas las administraciones públicas y entidades consorciadas, en la proporción que se fije en el estatuto respectivo, garantizando, en todo caso, el voto mayoritario de la representación de la Xunta de Galicia en todos los órganos



colegiados de los que se dote el consorcio.

Para la gestión de los servicios que se les encomienden, los consorcios autonómicos podrán utilizar cualquiera de las formas de gestión de los servicios públicos previstas por el ordenamiento jurídico.

Además, los consorcios podrán ejercer por delegación competencias y potestades administrativas de las administraciones consorciadas si así lo reconocieren sus estatutos.

#### ***1.3.4.4.- PERSONAL***

El personal de los consorcios autonómicos se sujetará al régimen previsto en el artículo 58 de la LOFAGGA, que ya fue objeto de análisis en el punto 3.4.1 del presente tema.

#### ***1.3.4.5.- RÉGIMEN PRESUPUESTARIO, ECONÓMICO Y DE CONTROL***

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control de los consorcios autonómicos será el establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 99 LOFAGGA).

En cuanto al remanente de tesorería no afectado, la dirección del consorcio podrá acordar su incorporación al presupuesto del ejercicio siguiente, previo informe preceptivo y vinculante de la Dirección General de Presupuestos, que se pronunciará respecto de sus efectos sobre la estabilidad presupuestaria.

Finalmente, deberá tenerse en cuenta que según la disposición adicional octava de la LOFAGGA, aquellos consorcios en los que participe la Comunidad Autónoma que no tengan la consideración de autonómicos se regirán por su legislación específica, sin perjuicio de que, en caso de que estén participados o sean financiados mayoritariamente por el sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, su régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control será el establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia, respetando la regulación que les resulte aplicable a las demás entidades que participen en el consorcio.

## **1.4.- ENTIDADES INSTRUMENTALES CON PERSONALIDAD JURÍCO-PRIVADA**

### **1.4.1.- SOCIEDADES MERCANTILES AUTONÓMICAS**

#### **1.4.1.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO**

El artículo 102 de la LOFAGGA define las sociedades mercantiles públicas autonómicas como las sociedades mercantiles, cualquiera que sea la forma que adopten, en cuyo capital social sea mayoritaria la participación directa o indirecta de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades instrumentales reguladas en esta ley.

Y añade que serán de aplicación las disposiciones contenidas en la LOFAGGA a las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles autonómicas, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- Que la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o las entidades instrumentales dispongan de la mayoría de los derechos de voto en la sociedad, bien directamente bien mediante acuerdos con otros socios.
- Que la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o las entidades instrumentales reguladas en esta ley tengan derecho a nombrar o a separar la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente bien mediante acuerdos con otros socios.

La Xunta de Galicia podrá participar en el capital de las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su forma u objeto social, cuando el Consello de la Xunta, previo informe de la Consellería de Hacienda, lo considere conveniente para el cumplimiento de finalidades concretas de política económica. Excepto lo dispuesto por normas especiales, la participación de la Xunta no será inferior al 10 % ni superior al 50 % del capital social de dichas sociedades.

Las sociedades mercantiles autonómicas se registrarán, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, sin perjuicio de lo establecido en la LOFAGGA, en la legislación de contratos del sector público, en la normativa de subvenciones y en las especialidades previstas en el resto de la normativa aplicable sin que, en ningún caso, puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de

potestades administrativas (artículo 103 LOFAGGA).

#### **1.4.1.2.- CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN Y DISOLUCIÓN**

Según el artículo 101 de la LOFAGGA, corresponderá a la persona titular de la consellería competente por razón de la materia o al órgano de la presidencia competente por razón de la materia:

- a. La iniciativa para la creación de sociedades mercantiles autonómicas.
- b. La iniciativa de realizar alguna actuación cuyo resultado sea la conversión en una sociedad mercantil autonómica de una entidad previamente existente en el sector privado.

La constitución de las sociedades mercantiles autonómicas deberá ser autorizada, de conformidad con el artículo 104 de la LOFAGGA, por el Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta de la consellería competente en materia de hacienda, a iniciativa de la consellería o de la entidad interesada, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación mercantil que resulte aplicable.

Junto con la propuesta de acuerdo de constitución, se elevarán al Consello de la Xunta el texto de los estatutos de la sociedad que se pretenda constituir, una memoria en la que se precisarán los aspectos previstos en el artículo 54.2 de la LOFAGGA y un plan plurianual de actuación con el contenido establecido en el artículo 54.6 de la LOFAGGA.

El acuerdo de autorización de la constitución de la sociedad, adoptado por el Consello de la Xunta, aprobará también los estatutos societarios, que se publicarán en el *Diario Oficial de Galicia* y por medios electrónicos en la página institucional de la Xunta de Galicia.

Las modificaciones estatutarias requerirán autorización del Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta de la consellería competente en materia de hacienda, a iniciativa de la consellería o de la entidad interesada, con carácter previo a la aprobación de los acuerdos sociales que deban adoptarse según la legislación mercantil.

Por último, y tal y como debe constar en sus estatutos, la transformación, fusión, escisión y disolución de las sociedades mercantiles autonómicas requerirán autorización del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería competente en materia de

hacienda, a iniciativa de la consellería o de la entidad interesada, con carácter previo a la aprobación de los acuerdos sociales que deberán adoptarse según la legislación mercantil. En caso de disolución, el Consello de la Xunta determinará, en su caso, el destino del haber social (artículo 105 LOFAGGA).

#### **1.4.1.3.- FUNCIONAMIENTO**

El ejercicio de los derechos que correspondan a la Administración autonómica de Galicia como partícipe en las sociedades mercantiles autonómicas corresponderá al órgano directivo competente en materia de patrimonio, sin perjuicio de que la persona titular de este pueda delegar ese ejercicio en un representante de una consellería o de una entidad instrumental de la Comunidad Autónoma de Galicia, con el alcance y con la extensión que se determinen en cada caso (artículo 106 LOFAGGA).

Además, el artículo 107 de la LOFAGGA exige que en el acuerdo del Consello de la Xunta de autorización de constitución se determine la consellería o la entidad instrumental de la Comunidad Autónoma de Galicia a la que estará adscrita la sociedad mercantil autonómica a los efectos de ejercer su tutela funcional. En defecto de adscripción expresa, el ejercicio de las facultades relativas a la supervisión de su actividad corresponderá al órgano directivo de la Administración autonómica competente en materia de patrimonio.

No será preciso acuerdo expreso para los cambios de adscripción que sean consecuencia de los procesos de reestructuración del patrimonio empresarial en la forma prevista en la legislación de patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La consellería o entidad que ejerza la tutela funcional llevará también a cabo el control de eficacia de las sociedades mercantiles autonómicas que tenga adscritas, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan a la consellería competente en materia de hacienda. La persona titular de la consellería que ejerza directamente la tutela, o de aquella a la que esté adscrita la entidad que la ejerza, será responsable de dar cuenta al Parlamento de Galicia de las actuaciones llevadas a cabo en este ámbito.

Los representantes de la Administración autonómica en las sociedades mercantiles serán designados por la persona titular del órgano directivo de la Administración autonómica competente en materia de patrimonio, a propuesta de la persona titular de la

consellería, o de la Presidencia, de la entidad de adscripción, y deberán cumplir las instrucciones que, para el adecuado ejercicio de los derechos inherentes a la titularidad de las acciones, considere oportuno impartirles la persona titular de la consellería, o de la Presidencia de la entidad de adscripción (artículo 108 LOFAGGA).

En cuanto a los administradores de las sociedades mercantiles autonómicas, el artículo 109 de la LOFAGGA establece:

- En caso de que se les impartiesen instrucciones para operaciones concretas a las que se refiere la Ley general de patrimonio de las administraciones públicas, deberán actuar diligentemente para su ejecución.
- Si del cumplimiento de estas instrucciones se derivaran consecuencias lesivas, quedarán exonerados de la responsabilidad prevista en la legislación mercantil en los mismos términos establecidos para los administradores de las sociedades mercantiles estatales en la legislación general de patrimonio de las administraciones públicas.
- No estarán afectados por la prohibición establecida por la legislación mercantil de que sean administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de las que se trate, en los mismos términos previstos para los administradores de las sociedades mercantiles estatales en la legislación general de patrimonio de las administraciones públicas.

Además, en garantía de una mayor transparencia en la gestión de las sociedades mercantiles autonómicas, de conformidad con el artículo 112 de la LOFAGGA, estas difundirán mediante internet toda la información relevante, relativa a su actividad empresarial, que por su naturaleza no tenga carácter reservado y, en particular, sus estatutos; los integrantes de sus órganos de administración, dirección, gestión y control; los poderes y las delegaciones conferidos por estos; las cuentas anuales; los códigos de conducta o las guías de buenas prácticas que deban observar y la identificación de la parte de su actividad vinculada a servicios de interés general.

Asimismo, deberán publicar en su página web:

- Las instrucciones internas de contratación, así como los anuncios relativos a los procedimientos de contratación según lo previsto en dichas instrucciones.

- Toda la información relativa a los procesos de contratación de personal, en particular:

- Las bases íntegras de los procesos selectivos de personal temporal o fijo.
- Todos los anuncios y todas las resoluciones que se produzcan en los procesos selectivos de personal, con la información necesaria para que los interesados puedan efectuar las reclamaciones pertinentes.
- Las listas de contratación temporal por categorías profesionales debidamente actualizadas.
- Las composiciones de los tribunales y de las comisiones de selección de personal.

#### **1.4.1.4.- PERSONAL**

De conformidad con el artículo 110 de la LOFAGGA, el personal de las sociedades mercantiles autonómicas se registrará por lo dispuesto en la disposición adicional primera del Estatuto básico del empleado público, en la normativa autonómica que la desarrolle y por las siguientes reglas:

- Todas las sociedades mercantiles autonómicas dispondrán de una plantilla que incluirá los puestos del personal directivo, que será aprobado por el órgano competente de acuerdo con los estatutos societarios, previo informe favorable de los órganos directivos de la Administración autonómica competentes en materia de presupuestos y de función pública.
- A la selección de su personal incluido en dicha plantilla, excepto el directivo, le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público relativas a composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección, bases de las convocatorias y pruebas de selección.
- Se podrán celebrar contratos laborales de duración determinada, después de la convocatoria mediante anuncio público y de la designación de una



comisión de selección. La selección de este personal se realizará entre las personas incluidas en las listas de la Administración autonómica o, en su caso, a través de los servicios públicos de empleo. Alternativamente, las sociedades mercantiles autonómicas podrán, excepcionalmente, acogerse a un sistema de listas previo por categorías, contando con la autorización del centro directivo competente en materia de función pública y después de la negociación con las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública.

- La contratación de personal directivo podrá llevarse a cabo mediante contratos de alta dirección en los supuestos previstos en la normativa laboral, con sujeción a los principios de publicidad, concurrencia, mérito y capacidad, entre personas que demuestren su cualificación profesional. La fijación de las retribuciones de este personal y de las indemnizaciones que le puedan corresponder deberá contar con un informe previo favorable de la consellería competente en materia de hacienda.
- Los instrumentos por los que se regulen las condiciones de trabajo del personal, la suscripción de los convenios colectivos, las ofertas de empleo y las bases de las convocatorias de contratación de personal establecidas en los puntos anteriores serán aprobados por el órgano competente de acuerdo a los estatutos societarios, y requerirán, en todo caso, informe previo y favorable de los centros directivos competentes en materia de presupuestos y de función pública.

#### **1.4.1.5.- RÉGIMEN PRESUPUESTARIO, ECONÓMICO Y DE CONTROL**

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control de las sociedades mercantiles autonómicas será el establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 103 LOFAGGA).

Además, las sociedades mercantiles autonómicas que, de acuerdo a la normativa aplicable, estén obligadas a someter sus cuentas a auditoría deben constituir una comisión de auditoría y control, dependiente del consejo de administración, con la composición y con las funciones que se determinen en los estatutos de cada sociedad (artículo 111

LOFAGGA).

## **1.4.2.- FUNDACIONES DEL SECTOR PÚBLICO AUTONÓMICO**

### **1.4.2.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO**

De conformidad con el artículo 113 de la LOFAGGA, son fundaciones del sector público autonómico aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que se constituyan, directa o indirectamente, con una aportación mayoritaria o exclusiva de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y/o de las entidades integrantes del sector público autonómico.
- b) Que su patrimonio fundacional, con carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes y derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.
- c) Que sus ingresos provengan mayoritariamente de los presupuestos de la Comunidad Autónoma siempre que, en este caso, se posea la mayoría o se ejerza control análogo sobre sus órganos de gobierno y dirección.

La financiación que las fundaciones reciban de la Administración de la Comunidad Autónoma o de las entidades integrantes del sector público, ya sea mediante concierto, convenio o contraprestación por prestación de servicios en general, así como mediante concesión de subvenciones, no determina por esta sola circunstancia el carácter de fundación del sector público, sin perjuicio de su condición de poder adjudicador a efectos del régimen jurídico contractual.

En la constitución, así como en la adquisición del carácter de fundación del sector público autonómico de una fundación preexistente, será necesario que la designación de la mayoría de los miembros del patronato corresponda a la Administración pública autonómica.

En cuanto a su régimen jurídico, de acuerdo con el artículo 115 de la LOFAGGA, las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma no podrán ejercer potestades públicas. Sólo podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las



entidades fundadoras, debiendo contribuir a la consecución de sus fines, sin que ello suponga la asunción de la titularidad de sus competencias, excepto previsión legal expresa.

El protectorado de estas fundaciones será ejercido por el departamento de la Xunta de Galicia que ejerza las competencias correspondientes a los fines de la fundación.

#### ***1.4.2.2.- CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN Y DISOLUCIÓN***

Según el artículo 101 de la LOFAGGA, corresponderá a la persona titular de la consellería competente por razón de la materia o al órgano de la Presidencia competente por razón de la materia:

- La iniciativa para la creación de fundaciones del sector público autonómico.
- La iniciativa de realizar alguna actuación cuyo resultado sea la conversión en una fundación del sector público autonómico de una entidad previamente existente en el sector privado.

De conformidad con el artículo 114 de la LOFAGGA, se autorizará por acuerdo del Consello de la Xunta:

- a) La constitución, transformación, modificación de estatutos, fusión y extinción de las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma.
- b) Los actos que impliquen la pérdida de su carácter de fundación del sector público autonómico, o la adquisición de tal carácter por una fundación preexistente.
- c) El contenido de los estatutos, la designación de la persona o las personas que deban actuar en el acto de constitución, así como los miembros que, en representación de la Xunta de Galicia, formen parte del patronato.

En el expediente de autorización se incluirá una memoria, que deberá ser sometida al informe del departamento de la Xunta de Galicia que ejerza las competencias correspondientes a los fines de la fundación, en la que se justifiquen suficientemente las razones de por qué se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general perseguidos a través de una fundación que mediante otras formas jurídicas

previstas en la normativa vigente.

Deberá presentarse, además, una memoria económica, que requerirá el informe de la consellería competente en materia de hacienda, en la que se precisarán los aspectos previstos en el artículo 54.2 de la LOFAGGA, y un plan plurianual de actuación con el contenido establecido en el artículo 54.6 de la LOFAGGA.

El Parlamento podrá ejercer el control de la creación de este tipo de fundaciones, en los términos establecidos en su reglamento, dentro del control de la acción de la Xunta de Galicia.

#### ***1.4.2.3.- PERSONAL***

A la contratación de personal laboral fijo al servicio de las fundaciones del sector público autonómico le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público y las normas reglamentarias que la desarrollen, relativas a: a) Composición y funcionamiento de los tribunales o de las comisiones de selección; b) Bases de las convocatorias y c) Pruebas de selección (artículo 116 LOFAGGA).

En el resto de su actividad contractual estas fundaciones actuarán conforme a los principios y disposiciones aplicables de la legislación estatal y autonómica en materia de contratos del sector público (artículo 117 LOFAGGA).

#### ***1.4.2.4.- RÉGIMEN PRESUPUESTARIO, ECONÓMICO Y DE CONTROL***

El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control de las fundaciones del sector público autonómico será el establecido por la legislación de régimen financiero y presupuestario de la Comunidad Autónoma de Galicia (artículo 118 LOFAGGA).

- Además, el artículo 119 de la LOFAGGA exige que las fundaciones del sector público autonómico que, de acuerdo a la normativa aplicable, estén obligadas a someter sus cuentas a auditoría, constituyan una comisión de auditoría y control, dependiente del patronato, con la composición y con las funciones establecidas por los estatutos de cada fundación.

En materia de subvenciones, les serán aplicables en su integridad los principios previstos en la legislación general sobre subvenciones (artículo 120 LOFAGGA).

## **1.5.- OTROS ORGANISMOS PÚBLICOS**

La disposición adicional sexta de la LOFAGGA, bajo el título “Régimen jurídico de determinados organismos”, establece las siguientes precisiones:

1. El Servicio Gallego de Salud se registrará por lo establecido en la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, y, en lo no previsto en ella, por la LOFAGGA.
2. Las entidades instrumentales adscritas a la Consellería de Sanidad y al Servicio Gallego de Salud se registrarán por esta ley, excepto en lo relativo al personal y a los elementos de su organización, que se registrarán por lo dispuesto en la Ley 8/2008, de 10 de julio, y por su normativa específica. La Xunta de Galicia ejercerá, respecto de estos organismos, las facultades que su propia normativa le asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía.
3. Las entidades públicas instrumentales de consulta o asesoramiento a las que, a partir de la entrada en vigor de la LOFAGGA, se les reconozca expresamente por una ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Xunta de Galicia, se registrarán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás aspectos ajustarán su regulación a las prescripciones de la LOFAGGA relativas a los organismos autónomos.

## **2.- LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO**

### **2.1.- CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES**

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN definen a la fundación como “La persona jurídica que nace cuando se destinan bienes al cumplimiento de un fin de interés público de un modo permanente y estable». Son tres, pues, los elementos esenciales de la fundación:

- Masa de bienes o dotación patrimonial.
- Un fin de interés público, establecido en el acta fundacional.
- Una organización establecida al servicio de ese fin.

Las fundaciones, según el sujeto que las crea, particulares o entidades públicas,

pueden ser, respectivamente, privadas o públicas.

La Constitución española, en el artículo 34.1, reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, de acuerdo con la ley. Asimismo, el artículo 53.1 del texto constitucional reserva a la ley la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título I, entre los cuales se encuentra el de fundación.

Por su parte, el Estatuto de autonomía de Galicia, en su artículo 27, apartado 26, establece la competencia exclusiva a la Xunta de Galicia relativa a las fundaciones de interés gallego. En uso de su competencia exclusiva sobre la materia, la Comunidad Autónoma de Galicia reguló primeramente las fundaciones a través de la Ley 7/1983, de 22 de junio, que fue posteriormente modificada por la Ley 11/1991, de 8 de noviembre, y asimismo, por la Ley 3/2002, de 29 de abril.

Dichas normas fueron sustituidas por la Ley 12/2006, de 1 diciembre, de fundaciones de Galicia, desarrollada a su vez por el Decreto 14/2009, de 21 enero, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de interés gallego y por el Decreto 15/2009, por el que se aprueba el Reglamento de Registro de Fundaciones de Interés Gallego.

La Ley 12/2006 tiene por objeto regular las fundaciones competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, con la finalidad de promover, estimular y proteger estas entidades en su territorio al considerarlas un instrumento útil de participación de la sociedad gallega en la acción social, cultural, científica y de otros ámbitos. Para ello, somete a las fundaciones a la tutela y protección de los poderes públicos en garantía de cumplimiento de la voluntad de sus fundadores, plasmada en la realización de actividades de interés general.

En efecto, la ley define las fundaciones de interés gallego como *"aquellas organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tengan afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general para Galicia y desarrollen principalmente sus actividades y tengan su domicilio en el territorio de la comunidad autónoma"*.

Las fundaciones amparadas por la ley han de perseguir por tanto, necesariamente, fines de interés general que el propio texto legal señala con carácter meramente enunciativo (“como pueden ser”) en una extensa lista. Así, entre otros que se citan, están los de defensa de los derechos humanos, la asistencia social, fines cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de respaldo a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, de defensa del medio natural de Galicia, de desarrollo de la economía productiva de Galicia, de promoción y de atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de defensa de los principios democráticos etc (...).

Las fundaciones se pueden constituir por actos inter vivos, mediante escritura pública, o mortis causa, mediante disposición testamentaria.

El gobierno de la fundación se encomienda a un patronato que asume la representación de la misma. Sus funciones esenciales son las de cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos.

El patronato es un órgano colegiado que estará integrado por el número de miembros que determinen sus estatutos, con un mínimo de tres y que contará con un presidente a quien le corresponde presidir las reuniones del patronato, dirigiendo los debates, así como, con carácter general, representar a la fundación ante todo tipo de personas o entidades.

El cargo de patrono tendrá la duración que se establezca en los estatutos o carta fundacional.

El patronato cuenta también con un secretario, cargo que puede ser desempeñado por una persona ajena a aquel, si bien en este caso tendrá voz pero no voto, y es a quien corresponde la certificación de los acuerdos del patronato con el visto bueno del presidente.

El fundador o fundadores que sean personas físicas podrán reservarse, con carácter vitalicio, el ejercicio de todas las competencias asignadas al órgano de gobierno de la

fundación. En este caso, la persona fundadora deberá ejercer sus funciones dando cuenta previamente al patronato quien, llegado el caso, puede ejercer la acción de responsabilidad frente a aquel.

Podrán ser miembros del patronato tanto las personas físicas como las jurídicas. Las primeras deben tener plena capacidad de obrar y no haber sido inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos. En el supuesto de personas jurídicas, estas deberán nombrar a la persona o personas físicas que los representen en el patronato.

El patronato, si así lo prevén los estatutos, podrá crear tanto comisiones para temas especializados, integradas por un determinado número de sus miembros, así como crear otros órganos, como consejos asesores y de estudio, para el mejor desarrollo de sus funciones.

Los patronos responden solidariamente frente a la fundación de los daños y perjuicios que causen por actos contrarios a la ley o a los estatutos, o por los actos realizados sin la diligencia con que deben desempeñar el cargo.

La ley también regula el patrimonio de la fundación, que está administrado por el patronato y que está integrado por todos los bienes, derechos y obligaciones susceptibles de valoración económica que integren la dotación, así como por aquellos que adquiera la fundación con posterioridad a su constitución, se afecten o no a la dotación.

Por otro lado, la enajenación y el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales (por declaración de voluntad expresa del fundador, del patronato de la fundación o de la persona física o jurídica que realice una contribución voluntaria), así como aquellos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 % del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el patronato al protectorado en el plazo máximo de un mes, a contar desde el día siguiente a su realización.

Las fundaciones se financian con los rendimientos que provengan de su patrimonio o de aquellos otros procedentes de ayudas, subvenciones, donaciones, herencias y legados, realizados por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas. En cualquier caso

el destino de sus ingresos, al menos hasta un 70 %, habrá de ser la realización de los fines fundacionales.

Sus cuentas anuales deberán ser aprobadas por el patronato dentro de los seis meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio y deben someterse a auditoría externa en determinados supuestos, en función de factores tales como el volumen anual de ingresos por actividad o el número de empleados durante el ejercicio supere los 50.

La ley prevé también otras situaciones como las de modificación de los estatutos, fusión, escisión y extinción de la fundación; este último supuesto se producirá:

- Cuando expire el plazo por el que fue constituida.
- Cuando se hubiera realizado íntegramente el fin fundacional.
- Cuando sea imposible realizar el fin fundacional.
- Cuando así resulte de la fusión y de la escisión de la fundación.
- Cuando concurra cualquier otra causa prevista en el acto constitutivo, en los estatutos o en las leyes.

A los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador o decidido por el patronato cuando tenga reconocida esta facultad en la carta fundacional. Si no existiera previsión del fundador ni facultad del patronato, corresponderá al protectorado destinar tales bienes y derechos a las fundaciones, entidades no lucrativas privadas o entidades públicas que persigan fines de interés general, que desarrollen principalmente sus actividades en Galicia y tengan afectados sus bienes, incluso en el supuesto de disolución, a la consecución de tales fines.

## **2.2. EL PROTECTORADO DE LA XUNTA DE GALICIA SOBRE LAS FUNDACIONES DE INTERÉS GALLEGO**

El protectorado de la Xunta de Galicia se constituye legalmente como órgano administrativo de asesoramiento, apoyo técnico y control de las fundaciones, que vela por el ejercicio correcto del derecho de fundación y por la legalidad de su constitución y funcionamiento.

El protectorado es ejercido por los departamentos de la Xunta de Galicia que

tengan atribuidas las competencias correspondientes a los fines de las fundaciones, salvo si las competencias sobre los fines fundacionales estuvieran atribuidas a varios departamentos de la Xunta de Galicia, en cuyo caso el protectorado será ejercido por el departamento competente en la materia.

Son funciones del protectorado, entre otras:

-Asesorar a las fundaciones que se encuentren en proceso de constitución sobre la normativa aplicable a dicho proceso y a las fundaciones ya inscritas sobre aquellas cuestiones que se refieren tanto a su régimen jurídico, económico-financiero y contable como a las actividades que es necesario realizar en cumplimiento de sus fines.

-Velar por el cumplimiento adecuado de los fines fundacionales de acuerdo con la voluntad del fundador y teniendo en cuenta la consecución del interés general, así como interpretar, suplir e integrar la voluntad del fundador cuando fuera necesario, conforme a la ley.

-Velar por la integridad, la suficiencia y el rendimiento del patrimonio fundacional y verificar si los recursos económicos de las fundaciones han sido aplicados para cumplir los fines fundacionales, en los términos previstos en los estatutos y en la legislación vigente.

- Ejercer provisionalmente las funciones del patronato si por cualquier motivo faltaran todas las personas llamadas a integrarlo, así como, en los supuestos de intervención temporal acordados por el órgano judicial competente, designar a nuevos miembros del patronato o, en los casos establecidos en la legislación, instar a la extinción de la fundación.

- Garantizar la legalidad de las modificaciones estatutarias, fusiones y extinciones de las fundaciones, instando, en su caso, las acciones judiciales correspondientes.

- Impugnar los actos y acuerdos del patronato contrarios al ordenamiento jurídico vigente, a lo establecido en los estatutos o al interés general.

- Controlar el proceso de liquidación de las fundaciones.

- Resolver las solicitudes de autorización o aprobación que, con arreglo a lo dispuesto en la ley, la precisen.



### **3. LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO DE GALICIA**

#### **3.1. CARACTERIZACIÓN GENERAL**

Se entiende por corporaciones las entidades de derecho público constituidas por la asociación de personas que persiguen fines comunes en razón de su profesión o actividad. Son organizaciones privadas que, sin embargo, están tuteladas por la Administración en razón del interés público que presentan algunas de las actividades que llevan a cabo, dotándolas así de personalidad jurídica-pública.

En definitiva, a través de esta fórmula corporativa el Estado, debido a la conexión de los intereses de la corporación con los intereses públicos, acoge a estos entes en su ámbito organizativo, regulándolos por ley y otorgándoles competencias administrativas que ejercen por delegación de aquél. Las corporaciones, en general, están sujetas al derecho privado, salvo cuando se trata del ejercicio de facultades que ejercen por delegación, en cuyo caso se someten al derecho administrativo (representación externa, control de normas constitutivas y reglamentarias y de la legalidad de los acuerdos que adoptan, etc.).

Una de las cuestiones más controvertidas en torno a las corporaciones de derecho público es la de su naturaleza jurídica. Las posturas doctrinales en este sentido van desde los que las consideran personas jurídico-públicas, integradas por tanto en la propia Administración pública (entre otros, GARRIDO FALLA), hasta los que les atribuyen el carácter de corporaciones sectoriales de base privada aunque ejerzan por delegación algunas funciones públicas (entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA y SANTAMARÍA PASTOR). Existen, por otra parte, posiciones intermedias que caracterizan a las corporaciones como personas jurídico-públicas, aunque no encuadradas en la organización estatal, negando por tanto su condición de Administración pública (entre otros, ARIÑO ORTIZ).

Particularmente, la defensa preferente de intereses corporativos es lo que ha llevado a considerar que la calificación que más se adapta a las corporaciones es la de entes privados. Así, SANTAMARÍA PASTOR considera preferible esta calificación a la de entes públicos por diferentes motivos:

- Porque los intereses cuya custodia se confía a estos entes son mayoritariamente

intereses privados de sus miembros; lo único que es de interés público es la existencia misma de estas entidades, así como determinadas funciones concretas que las normas les asignan.

- Porque del conjunto de sus funciones sólo puede considerarse como pública una parte reducida del total de las que desempeñan.
- Porque sólo el ejercicio de dichas funciones públicas es lo que se somete al derecho administrativo y sólo los actos dictados en relación a las mismas son susceptibles de ser recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Porque, en todo lo que no supone ejercicio de dichas funciones públicas, estas entidades actúan con pleno sometimiento al derecho común.

Por su parte, los defensores de tesis pública consideran que pese a la base común asociativa de todas las personas jurídicas, persiguen fines más amplios que los de simple interés particular o privado, concediéndoseles por ello legalmente ciertas atribuciones o potestades -especie de delegación del poder público- para que puedan realizar aquellos fines y funciones que no sólo interesan a las personas asociadas o integradas, sino a las que no lo están, pero que pueden verse afectadas por las actuaciones del ente.

En definitiva, la doble naturaleza público-privada de las funciones que desarrollan estas entidades crea una realidad compleja, con elementos atípicos, que resulta difícil encuadrar en los esquemas tradicionales.

Por lo demás, en cuanto a las características principales de las corporaciones, hay que señalar que la pertenencia a estas tiene carácter obligatorio cuando se trata de ejercer determinadas actividades profesionales.

La mayoría de las corporaciones, al margen de la función pública que como decimos desempeñan, defienden intereses de sus asociados y, por tanto, intereses puramente corporativos, por ello se financian, esencialmente, con las aportaciones personales que estos realizan. Ello justifica que, en general, no estén sujetas a los órganos de control financiero propios de una Administración pública como la Intervención o los tribunales de cuentas.

Por otra parte, disponen de un sistema organizativo similar al común de los entes

con base asociativa. Así, cuentan con una junta general que conoce sobre los actos y decisiones más trascendentes de la corporación (aprobación de presupuestos, aprobación de normas de funcionamiento, etc.), una junta directiva que constituye el órgano de gestión y gobierno, con una secretaría permanente, y un presidente.

En nuestro derecho no existe una ley aplicable con carácter general a todas las corporaciones, de ahí que en cada caso haya que estar a la norma propia de cada una de ellas e incluso a las que regulan su régimen interno. En todo caso, y en cuanto concierne a su faceta pública, les son aplicables las normas generales comunes a las administraciones públicas.

El paradigma de estos entes son los colegios profesionales, de los que la Constitución se ocupa en su artículo 36 y a los que nos referiremos en el siguiente apartado.

### **3.2.- LAS CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO DE GALICIA**

El artículo 27.29 del Estatuto de autonomía de Galicia se refiere a las corporaciones al señalar la competencia exclusiva de la comunidad autónoma en determinadas materias, entre las que cita las cofradías de pescadores, cámaras de la propiedad, cámaras agrarias y cámaras de comercio, industria y navegación.

De todas las citadas sólo subsisten en la actualidad, como tales corporaciones de derecho público, las cofradías de pescadores y las cámaras de comercio, industria y navegación.

En cuanto a las cámaras agrarias, la Ley 1/2006, de 5 de junio, de normas reguladoras del Consejo Agrario Gallego, consideró que, a la vista de la gran importancia económica y social del sector agrario en Galicia y teniendo en cuenta la inoperancia de las cámaras agrarias, era necesario crear un nuevo órgano eficaz de participación institucional de las organizaciones profesionales agrarias y proceder a la disolución de las cámaras, regulando el destino de su personal y patrimonio. Así lo hace, declarando disueltas las cámaras agrarias provinciales, únicas subsistentes en aquel momento, a través de su disposición adicional tercera. De este modo, el Consejo Agrario Gallego, que se crea por la ley, asume el papel de órgano permanente de participación, asesoramiento, diálogo y

consulta de la Administración gallega en materia agraria y desarrollo rural.

Por su parte, las cámaras de la propiedad, después de distintas vicisitudes legislativas, entre ellas el Real decreto ley 8/1994, de 5 de agosto, de supresión de las cámaras oficiales de la propiedad urbana y su consejo superior como corporaciones de derecho público, la legislación básica del Estado impide que sean reguladas por las comunidades autónomas como tales corporaciones públicas, por lo que hoy se puede decir que son una figura definitivamente extinguida.

Trataremos a continuación las cofradías de pescadores para, en el siguiente apartado, exponer los aspectos relativos a las cámaras de comercio, industria y navegación y a los colegios profesionales, para así completar el cuadro de las corporaciones de derecho público existentes en Galicia.

### **3.3. LAS COFRADÍAS DE PESCADORES**

Las cofradías de pescadores, como decimos, son corporaciones de derecho público, dotadas de personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones que les están encomendadas, que actúan como órganos de consulta y colaboración con la Administración en la promoción del sector pesquero y representan intereses económicos y corporativos de los profesionales del sector, ello sin perjuicio de la representación que poseen las organizaciones de empresarios y trabajadores de la pesca. Las cofradías pueden, asimismo, desarrollar actividades propias de organización y comercialización de la producción en el sector pesquero, marisquero y de la acuicultura, tal y como corresponde a las organizaciones de productores existentes en el seno de la Unión Europea.

Las cofradías de pescadores se transfirieron por el Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia mediante el Real decreto de traspasos 3318/1982, de 24 de julio. La Administración del Estado se reservaba aquellas funciones de las cofradías que trascendiesen del ámbito autonómico.

Actualmente, las cofradías están reguladas en nuestra Comunidad Autónoma por la Ley 9/93, de 8 de julio, que fue desarrollada por Decreto 261/2002, de 30 de junio de 2002, por el que se aprueba el actual Reglamento de las cofradías.

La Ley de cofradías de pescadores fue inicialmente derogada por la disposición derogatoria única de la Ley 11/2008, de 3 de diciembre, de pesca de Galicia y, posteriormente, declarada nuevamente en vigor por la disposición derogatoria única de la Ley 6/2009, de 11 de diciembre, de modificación de la anterior. Tal y como expresa el preámbulo de la Ley 6/2009, uno de los ejes fundamentales de la modificación que llevaba a cabo era mantener y, por tanto, no derogar, entre otros, el régimen jurídico regulador de las cofradías de pescadores. Significaba para ello la relevancia y organización de estos entes, así como su demostrada eficacia y eficiencia, como razones para mantener respecto de ellas su régimen jurídico diferenciado.

Consolidada plenamente su existencia, corresponden a las cofradías de pescadores, como órganos de consulta y colaboración y de acuerdo con el artículo 3 de la ley reguladora, las siguientes funciones:

- Orientar a todos sus miembros sobre las acciones derivadas de la aplicación de la normativa concerniente al sector pesquero.
- Actuar como oficinas públicas, en lo referente a la recepción, registro y tramitación de documentación dirigida a la Administración de la comunidad autónoma.
- Promover actividades de formación de los profesionales en las actividades referidas a la pesca y, asimismo, promover la creación de servicios comunes para sus miembros.
- Servir como entidades de consulta a la Administración en todas las cuestiones concernientes al sector y, en especial, en la elaboración de las disposiciones de carácter general que les sean sometidas.

Asimismo, les corresponden las funciones de:

- Gestionar las áreas de la zona marítima y marítimo-terrestre que les hayan sido confiadas mediante el título administrativo habilitante correspondiente, expedido por la Administración competente.
- Gestionar y administrar aquellos bienes patrimoniales que les sean cedidos por cualesquiera de las administraciones públicas para el cumplimiento de sus fines.

Cuando las cofradías pretendan llevar a cabo, además de las funciones

anteriormente referidas, actividades de organización y comercialización de la producción, se podrán estructurar en dos secciones, que se denominarán de orientación y de organización de la producción.

La afiliación a las cofradías de pescadores es libre, pudiendo ser sus miembros los armadores con base en puertos existentes dentro de su ámbito territorial y quienes tengan la habilitación administrativa correspondiente que les faculte para el ejercicio de las labores de extracción de los recursos marinos vivos.

Finalmente, hay que señalar que el ámbito territorial de las cofradías es el que determinan los respectivos estatutos sin que, en ningún caso, puedan coincidir varias cofradías en un mismo ámbito territorial.

## **4. LOS COLEGIOS PROFESIONALES Y LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN**

### **4.1. LOS COLEGIOS PROFESIONALES. REGULACIÓN**

El artículo 36 de la Constitución establece que *"La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los colegios deberán ser democráticas"*.

En orden a su naturaleza jurídica, se configuran, como veíamos, como corporaciones de derecho público de base privada, representativos de los intereses profesionales de sus miembros y encargados y, asimismo, de la ordenación del ejercicio de las profesiones y de su representación, aspecto este que destaca como más relevante el Tribunal Constitucional en su Sentencia 89/1989, de 11 de mayo. En relación con dicha función, los colegios deben establecer reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad de sus miembros en el ejercicio de la profesión.

Se puede decir así que los colegios profesionales tienen por fin primordial la ordenación del ejercicio profesional, velar por el cumplimiento de la ética profesional y defender intereses de los profesionales que los componen.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, estableció que *«corresponde a la legislación estatal fijar los principios y reglas básicas a que han de*

*ajustar su organización y competencias las corporaciones de derecho público representativas de intereses profesionales».*

En sentencias más actuales, como la STC 89/13, se recoge:

a) El artículo 149.1.18 CE (RCL 1978, 2836) habilita al Estado para dictar la legislación básica en materia de colegios profesionales

b) La competencia estatal ex art. 149.1.18 CE incluye la definición, a partir del tipo de colegiación, de los modelos posibles de colegios profesionales y de las condiciones en que las comunidades autónomas pueden crear entidades corporativas de uno u otro tipo, pues la determinación del régimen de colegiación (forzoso o voluntario) tiene carácter básico.

c) Corresponde pues al legislador estatal la determinación de las profesiones cuyo ejercicio se sujeta a colegiación obligatoria, y ello en los términos previstos en la modificación introducida en el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de colegios profesionales, por el artículo 5.5 y disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2009.

d) La exigencia de colegiación obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones constituye, además, una condición básica que garantiza la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales ex art. 149.1.1 CE.

Así, la legislación estatal está constituida por la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, que ha tenido diversas modificaciones, ley que tiene carácter básico.

En el plano autonómico, hay que decir que la Ley del proceso autonómico, Ley 12/1983, de 14 de octubre, en su artículo 15.2, establece que los colegios que existan o se constituyan en el territorio de cada comunidad autónoma deberán ajustar su organización y competencias a los principios y reglas básicas establecidas en la legislación del Estado para dichas entidades, sin perjuicio de cualquier otra competencia que pudiera atribuirles o delegarles la Administración autonómica». Es decir, las comunidades

autónomas, con sujeción a las normas básicas estatales, tienen libertad para, a través de su legislación, ampliar el marco de funciones que puedan corresponderles.

Por su parte, el Estatuto de autonomía de Galicia establece que: «En el marco del presente estatuto, corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva en las siguientes materias: cofradías de pescadores, cámaras de la propiedad, agrarias, de comercio, industria y navegación y otras de naturaleza equivalente, sin perjuicio de lo que dispone el artículo de la Constitución». Con arreglo a tal previsión, mediante la Ley orgánica 16/1995, de 27 de diciembre, se transfirieron a la Comunidad Autónoma de Galicia competencias de desarrollo legislativo y ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado, en materia de corporaciones de derecho público.

Posteriormente, por medio del Real decreto 1643/1996, de 5 de julio, se traspasaron, asimismo, a la Comunidad Autónoma de Galicia las funciones de la Administración del Estado en relación con los colegios oficiales y profesionales con ámbito territorial exclusivamente compartido dentro del territorio propio de la comunidad. El Estado, no obstante, se reservó el establecimiento de las bases de régimen jurídico de los colegios oficiales o profesionales, así como la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos profesionales.

La Comunidad Autónoma de Galicia reguló los colegios profesionales a través de la Ley 11/2001, de 18 de septiembre, norma que ha sido objeto de modificación posterior por la Ley 1/2010, de 11 de febrero.

Señala la ley que los colegios profesionales ejercerán, además de sus funciones propias, las funciones administrativas que les atribuya la legislación estatal y autonómica y las competencias administrativas que les delegue el correspondiente órgano de la Administración. Señala también la ley que el acto de delegación habrá de estar autorizado mediante una disposición legal o reglamentaria.

A través de esta fórmula se hace posible que la Comunidad Autónoma de Galicia pueda encomendar a los colegios profesionales, a través del correspondiente convenio, la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de su propia competencia, en los términos previstos en la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.



Prevé, asimismo, la ley que la Comunidad Autónoma de Galicia podrá celebrar convenios de colaboración con los colegios profesionales para la realización de actividades de interés común y para la promoción de actuaciones orientadas a la defensa del interés público y, en especial, de los usuarios de los servicios profesionales de los colegiados.

Señala además la ley como fines de los colegios profesionales:

- La ordenación del ejercicio de las profesiones dentro del marco legal respectivo.
- La representación de las mismas, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados.
- La protección de los intereses de los consumidores y usuarios por los servicios de sus colegiados.

Finalmente, hay que señalar que los colegios tienen como órganos básicos:

- La Junta General, que reúne a todos los colegiados en asamblea y es la que toma las decisiones más trascendentes para la vida colegial.
- La Junta de Gobierno, que es el órgano de gestión ordinaria del colegio.
- El Presidente o Decano, quien asume la representación del colegio.

Los colegios se agrupan en consejos regionales y en el Consejo General Nacional.

## **4.2. LAS CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN**

### Ámbito estatal

Actualmente están reguladas en la Ley 4/2014, de 1 de abril, básica de las cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación, que derogó la Ley 3/1993, de 22 de marzo, básica de cámaras oficiales de comercio, industria y navegación.

Las cámaras de comercio, industria y navegación nacen en España a finales del siglo XIX como forma de representar los intereses generales de las empresas. Su primera regulación jurídica data del año 1886, cuando se aprobó el real decreto que contenía su régimen jurídico, instaurándose posteriormente, mediante el Real decreto de 21 de junio de 1911, un modelo cameral continental basado en la obligada adscripción de las personas que ejerzan actividades empresariales y en la obligatoriedad en el pago de cuotas. Este sistema

es el que se ha mantenido hasta esta Ley 4/2014, a través de la previa Ley 3/1993, de 22 de marzo.

Ahora bien, ya con el Real decreto ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, se cambió a un sistema cameral de pertenencia voluntaria y eliminación del recurso cameral permanente.

La Ley 2014 define a las cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación como corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, que se configuran como órganos consultivos y de colaboración con las administraciones públicas, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen. Su estructura y funcionamiento deberán ser democráticos.

Tienen como finalidad la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria, los servicios y la navegación, así como la prestación de servicios a las empresas que ejerzan las indicadas actividades. Asimismo, ejercerán las competencias de carácter público que se les atribuya y las que les puedan ser asignadas por las administraciones públicas con arreglo a los instrumentos que establece el ordenamiento jurídico. Las actividades a desarrollar por las cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación para el logro de sus fines se llevarán a cabo sin perjuicio de la libertad sindical y de asociación empresarial, de las facultades de representación de los intereses de los empresarios que asuman este tipo de asociaciones y de las actuaciones de otras organizaciones sociales que legalmente se constituyan.

Entre las siguientes funciones de carácter público-administrativo están:

- a) Expedir certificados de origen y demás certificaciones relacionadas con el tráfico mercantil, nacional e internacional, en los supuestos previstos en la normativa vigente.
- b) Recopilar las costumbres y usos mercantiles, así como las prácticas y usos de los negocios y emitir certificaciones acerca de su existencia.
- c) Ser órgano de asesoramiento de las administraciones públicas, en los términos que las mismas establezcan, para el desarrollo del comercio, la



industria, los servicios y la navegación.

d) Desarrollar actividades de apoyo y estímulo al comercio exterior.

e) Participar con las administraciones competentes en la organización de la formación práctica en los centros de trabajo incluida en las enseñanzas de formación profesional y en las acciones e iniciativas formativas de la formación profesional dual, en especial en la selección y validación de centros de trabajo y empresas, en la designación y formación de tutores de los alumnos y en el control y evaluación del cumplimiento de la programación, sin perjuicio de las funciones que puedan atribuirse a las organizaciones empresariales en este ámbito.

f) Tramitar, en los casos en que así sean requeridas por la Administración general del Estado, los programas públicos de ayudas a las empresas en los términos en que se establezcan en cada caso, así como gestionar los servicios públicos relacionados con las mismas cuando su gestión corresponda a la Administración del Estado.

g) Gestionar, en los términos del artículo 8 de esta ley, un censo público de todas las empresas, así como de sus establecimientos, delegaciones y agencias radicados en su demarcación.

h) Actuar de ventanillas únicas empresariales, cuando sean requeridas para ello por las administraciones públicas competentes.

i) Colaborar con las administraciones públicas en la simplificación administrativa de los procedimientos para el inicio y desarrollo de actividades económicas y empresariales, así como en la mejora de la regulación económico-empresarial.

j) Impulsar actuaciones dirigidas al incremento de la competitividad de las pequeñas y medianas empresas y fomentar la innovación y transferencia tecnológica a las empresas.

k) Impulsar y colaborar con las administraciones públicas en la implantación de la economía digital de las empresas.

l) En caso de que la autoridad de gestión de los fondos de la Unión Europea lo considere procedente, las cámaras podrán participar en la gestión de fondos de la Unión Europea dirigidos a la mejora de la competitividad en las empresas.

También corresponderá a las cámaras desarrollar las funciones público-administrativas, en la forma y con la extensión que determinen, en su caso, las comunidades autónomas, entre el listado que recoge la ley estatal para ello.

Las cámaras pueden llevar a cabo otras actividades, que tendrán carácter privado y se prestarán en régimen de libre competencia, que contribuyan a la defensa, apoyo o fomento del comercio, la industria, los servicios y la navegación, o que sean de utilidad para el desarrollo de las indicadas finalidades y, en especial, establecer servicios de información y asesoramiento empresarial. Asimismo, podrán difundir e impartir formación en relación con la organización y gestión de la empresa, prestar servicios de certificación y homologación de las empresas y crear, gestionar y administrar bolsas de franquicia, de subproductos, de subcontratación y de residuos, así como lonjas de contratación, cumpliendo los requisitos exigidos en la normativa sectorial vigente para el ejercicio de estas actividades. También podrán desempeñar actividades de mediación, así como de arbitraje mercantil, nacional e internacional.

La nueva regulación de su régimen económico recoge un sistema que se basa en la libertad de actuación de las cámaras, de manera que obtendrán sus ingresos de la prestación de servicios y del ejercicio de sus actividades, así como de las aportaciones voluntarias de las empresas y de los productos, rentas e incrementos de su patrimonio y legados y donativos que pudieran recibir, así como cualesquiera otros que puedan ser atribuidos por ley.

Podrán existir cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación de ámbito autonómico, provincial y local y, en su caso, consejos de cámaras, de conformidad con lo que establezca la legislación autonómica de desarrollo, que podrá adecuar la demarcación territorial de las cámaras a la realidad económica y empresarial de cada comunidad autónoma, pudiendo coexistir cámaras de distinto ámbito territorial. En cualquier caso, y como mínimo, existirá una cámara oficial de comercio, industria, servicios y navegación por provincia, sin perjuicio de que determinadas funciones y servicios puedan desempeñarse por

otra cámara oficial de comercio, industria, servicios y navegación del ámbito territorial de la comunidad autónoma de que se trate.

Las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras, que ejerzan actividades comerciales, industriales, de servicios o navieras en territorio nacional formarán parte de las cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación dentro de cuya circunscripción tengan establecimientos, delegaciones o agencias, sin que de ello se desprenda obligación económica alguna ni ningún tipo de carga administrativa, procediéndose a la adscripción de oficio de las mismas. En todo caso, estarán excluidas las actividades agrícolas, ganaderas y pesqueras de carácter primario y los servicios de mediadores de seguros y reaseguros privados que sean prestados por personas físicas, así como los correspondientes a profesiones liberales.

Los órganos de gobierno de las cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación son el pleno, el comité ejecutivo y el presidente. Además, las cámaras contarán con un secretario general, personal directivo y el personal laboral necesario para el correcto desempeño de sus funciones.

Otra novedad que aporta la presente ley es la creación de la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, que representará al conjunto de las cámaras ante las diversas instancias estatales e internacionales y coordinará e impulsará las acciones que afecten al conjunto de las cámaras españolas. La Cámara de España, en colaboración con las cámaras españolas, tendrá además la tarea de elaborar y ejecutar el Plan cameral de internacionalización, a través de un convenio de colaboración con el Ministerio de Economía y Competitividad, que será de una relevancia fundamental en el impulso a la internacionalización de las empresas españolas. Adicionalmente, la Cámara de España y el Ministerio de Economía y Competitividad suscribirán un plan de competitividad, cada dos años, en el que se concretarán todos los programas y actividades que desarrollen las cámaras para el fomento de la competitividad empresarial.

#### Ámbito autonómico

Las cámaras fueron objeto de transferencia a nuestra comunidad autónoma mediante reales decretos de traspasos 1634/1980, de 31 de julio y 2276/1982, de 24 de julio. Concretamente, se transfirieron las funciones de coordinación, promoción e impulso de la

actividad de las cámaras de comercio, industria y navegación y otros organismos e instituciones comerciales.

La Comunidad Autónoma promulgó la Ley 5/2004, de 8 de julio, de cámaras oficiales de comercio, industria y navegación de Galicia, que regula la organización, funcionamiento y régimen económico y presupuestario de estas corporaciones, modificada por la Ley 12/2014, para adaptarla a la nueva legislación estatal.

Esta ley pretende, esencialmente, adaptar el marco jurídico de las cámaras a la realidad gallega y proyectar una idea homogénea de la institución y del sistema cameral gallego, sin perjuicio de que cada cámara se adapte a su propia realidad mediante la elaboración de su propio reglamento de régimen interior.

La ley mantiene el carácter esencial de las cámaras como corporaciones de derecho público, aun cuando no desconoce la posibilidad de persecución de intereses privados, propio asimismo, como ya vimos, de estos entes. Así, las configura como órganos con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de carácter consultivo y de colaboración con las administraciones públicas, especialmente con la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, sin menoscabo de los intereses privados que persiguen, en general relacionados con la representación, promoción y defensa de los intereses generales del comercio, la industria y la navegación y la prestación de servicios a las empresas.

Las cámaras oficiales de Galicia tienen las funciones de carácter público-administrativo contempladas en el artículo 5.1 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, ya enumeradas. Pero también les corresponderán, por la ley gallega:

- a) Proponer a los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de Galicia cuantas reformas o medidas consideren necesarias o convenientes para el fomento del comercio, la industria, los servicios y la navegación.
- b) Colaborar en la elaboración, desarrollo, ejecución y seguimiento de los planes que se diseñen para el incremento de la competitividad del comercio, la industria, los servicios y la navegación.
- c) Colaborar con los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de



Galicia como órganos de apoyo y asesoramiento para la creación de empresas.

d) Colaborar con los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de Galicia mediante la realización de actuaciones materiales para la comprobación del cumplimiento de los requisitos legales y la verificación de establecimientos mercantiles e industriales, cumpliendo con lo establecido en la normativa general y sectorial vigente.

e) Elaborar las estadísticas, encuestas de evaluación y estudios que consideren necesarios para el ejercicio de sus competencias.

f) Promover y cooperar en la organización de ferias y exposiciones.

g) Colaborar en los programas de formación establecidos por centros docentes públicos o privados y, en su caso, por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de Galicia.

h) Informar los proyectos de normas emanados de la Comunidad Autónoma de Galicia que afecten directamente a los intereses generales del comercio, la industria, los servicios o la navegación, en los casos y con el alcance que el ordenamiento jurídico determine.

i) Tramitar los programas públicos de ayudas a las empresas en los términos que se establezcan en cada caso, así como gestionar servicios públicos relacionados con las mismas, cuando su gestión corresponda a la Administración autonómica y siempre que así se establezca en sus respectivas normas.

j) Colaborar con la administración competente informando los estudios, trabajos y acciones que se realicen para la promoción del comercio, la industria, los servicios y la navegación.

k) Contribuir a la promoción del turismo en el marco de la cooperación y colaboración con los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de Galicia.

l) Colaborar con los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de

Galicia para facilitar información y orientación sobre el procedimiento de evaluación y acreditación para el reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral, así como en la aportación de instalaciones y servicios para la realización de algunas fases del procedimiento, cuando dichas administraciones lo establezcan.

m) Las cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación de la Comunidad Autónoma de Galicia también podrán desarrollar cualquier otra función que los órganos competentes de la Comunidad Autónoma de Galicia, en el ejercicio de sus competencias, consideren necesarias.

En el desarrollo de las funciones público-administrativas, las cámaras se ajustarán a lo previsto en la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística de Galicia.

La ley gallega prevé que podrán existir cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación de ámbito autonómico, provincial y local y coexistir cámaras de distinto ámbito territorial. Determina que en cada provincia existirá, al menos, una cámara oficial de comercio, industria, servicios y, en su caso, navegación, sin perjuicio de que sus funciones y servicios puedan ser desempeñados por otra de las cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La creación de nuevas cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación únicamente podrá realizarse sobre la base de intereses comerciales, industriales, de servicios y navieros específicos y siempre que la cámara resultante cuente con recursos suficientes para el cumplimiento satisfactorio de sus funciones y no suponga merma en la calidad de los servicios que venían siendo prestados.

Podrán crearse nuevas cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación:

- a) Por fusión de dos o más cámaras.
- b) Por integración de una o más cámaras.

Los órganos de gobierno de las cámaras gallegas son el pleno, el comité ejecutivo y la presidencia.

Finalmente, hay que decir que existe un Consejo Gallego de Cámaras, como órgano



de representación, relación, coordinación e impulso de actuaciones comunes a todas las cámaras gallegas existentes y es, además, un órgano de colaboración con la Administración autonómica.

**MARCOS ALMEIDA**

**JUAN JOSÉ GALLEGO FOUZ**

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

**REVISADO POR SANTIAGO VALENCIA VILA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Alli Turrillas, Juan-Cruz: ***Fundaciones y Derecho Administrativo***. Marcial Pons. Madrid 2010.
- Ariño Ortiz, Gaspar: ***Constitución y colegios profesionales***. Unión Editorial. Madrid 1984.
- Baño León, J. M.: ***El ejercicio de las profesiones tituladas y los Colegios profesionales***. Revista Gallega de Administración Pública, núm. 24. 2000.
- Beneyto Pérez, José María: ***Tratado de Fundaciones*** 2 vols. Bosch. Barcelona 2007.
- Cabezas Hernández, M.<sup>a</sup> Teresa: ***Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España: naturaleza jurídica y funciones***. Atelier. Barcelona 2002.
- Calvo Sánchez, Luis: ***Régimen jurídico de los Colegios profesionales***. Civitas. Madrid 1998
- Carro Fernández-Valmayor, José Luis: ***Las fundaciones de interés gallego***. Anuario de Derecho de Fundaciones, págs. 299-436. Iustel. 2009
- Del Saz, Silvia: ***Los Colegios Profesionales***. Colegio de Abogados de Madrid. Marcial Pons Libros, Madrid 1996
- Fanlo Loras A.: ***El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales***.

Civitas. Madrid 1992.

- Fernández Farreres, Germán: ***Corporaciones de derecho público***. Estudios para la reforma de la Función Pública, págs. 365-372. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2004
- Ídem: ***Colegios profesionales, ejercicio profesional titulaciones académicas. Competencias y actividad de las Comunidades Autónomas***, Informe Comunidades Autónomas. Madrid 1999.
- Ídem: ***Colegios profesionales y derecho de la competencia***. Civitas. Madrid 2002
- Fernández Rodríguez: ***Cámaras de comercio y "jacobinismo constitucional"***. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 85. 1995.
- García de Enterría, Eduardo: ***Las cámaras de comercio, industria y navegación***. Revista de Administración Pública, núm. 139.1996.
- Jiménez de Cisneros Cid, F. J.: ***Organización instrumental pública en el ámbito de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado***. Documentación Administrativa, núm. 246-247, págs. 293 y ss.1996-1997.
- Martín-Retortillo Báquer, Lorenzo (coord.): ***Los colegios profesionales a la luz de la Constitución***. Civitas. Madrid 1996.
- Martínez López-Muñiz, José Luis: ***Naturaleza de las corporaciones públicas profesionales***. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 39. 1983.
- Nieto Alonso, Antonia: ***Las fundaciones de interés gallego***. Revista Xurídica Galega, núm. 30, págs. 335-384.
- Palomar Olmeda, A.: ***Organización instrumental pública en el ámbito de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general del Estado***. Documentación Administrativa, núm. 246-247, págs. 417 y sig. 1996-1997.
- Rebollo Puig, Manuel: ***Naturaleza y régimen jurídico de las cofradías de pescadores***. Universidad de Córdoba. Córdoba 1996.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso: ***Principios de Derecho administrativo, Vol. I***. Pág 460 y ss. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 2001.

- VV. AA.: ***Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo***. Civitas. Madrid 1994.
- VV. AA.: ***Libro blanco sobre la gestión de las cofradías de pescadores de Galicia***. Consellería de Pesca, Marisqueo e Acuicultura. Santiago de Compostela 1994.

## **TEMA 9.**

**EL MUNICIPIO. POBLACIÓN MUNICIPAL,  
ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS. LA  
PROVINCIA: ORGANIZACIÓN Y  
COMPETENCIAS. OTRAS ENTIDADES LOCALES.**

## **TEMA 9. EL MUNICIPIO. POBLACIÓN MUNICIPAL, ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS. LA PROVINCIA: ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS. OTRAS ENTIDADES LOCALES.**

### **EL MUNICIPIO.**

El punto de partida ineludible para el tratamiento de esta materia es el artículo 140 de la Constitución española de 1978 que dispone: "La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los alcaldes y los concejales. Los concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los alcaldes serán elegidos por los concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto".

El legislador estatal ha aprobado la ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local y su texto refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, que con sus sucesivas modificaciones integran la normativa de aplicación general en la materia. Como señala el Tribunal Constitucional en su sentencia 84/1982, de 23 de diciembre, relativa al carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales, se trata de una actividad concurrente del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre esta cuestión (así, en su fundamento jurídico 4º).

La Ley de Administración Local de Galicia, de 22 de julio de 1997 (reformada mediante la Ley 8/1999, de 30 de diciembre, la Ley 18/2008, de 29 de diciembre, y la Ley 1/2010, de 11 de febrero y por la Ley 4/2012 de 12 de abril del Área Metropolitana de Vigo), es la norma autonómica de referencia en estas materias.

La Ley de Administración local de Galicia 5/1997, de 22 de julio, establece que la Comunidad Autónoma de Galicia se organiza en municipios y provincias que tienen la condición de entidades locales territoriales, a las que se les garantiza la autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. De este modo, el artículo 10 de la Ley 5/1997 dispone que los municipios son entidades locales básicas de la organización territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia y canales de participación ciudadana en los asuntos

públicos locales, y que el municipio tiene personalidad jurídica y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Siguiendo los principios clásicos de la organización administrativa, proclama igualmente que son elementos del municipio el territorio, la población y la organización. BALLESTEROS FERNÁNDEZ entiende que esta toma de partido de la legislación local asienta la idea de que no es posible considerar como base del municipio tan solo al grupo social estable.

El Territorio municipal presenta los siguientes caracteres en la legislación gallega:

1. El término municipal es el territorio en el que el Ayuntamiento ejerce sus competencias. El ejercicio de competencias fuera del término municipal llevará consigo la nulidad radical de la actuación por manifiesta incompetencia, excepto en los supuestos en los que las potestades municipales puedan, al amparo de una norma específica, sobrepasar el propio término.

2. Todo municipio pertenecerá a una sola provincia.

Se prevén normativamente las alteraciones de los términos municipales, si bien se condiciona a que la alteración de los términos municipales solo podrá producirse entre municipios limítrofes y ninguna alteración podrá dar lugar a un término municipal discontinuo. Además, las alteraciones de los términos municipales se inscribirán en el Registro de Entidades Locales de Galicia y en el estatal. ENTRENA CUESTA opina que, dada la actual división del territorio nacional en municipios, las alteraciones municipales son la única forma viable de creación de nuevos municipios.

En este orden de cosas, el término municipal podrá ser alterado:

- a) Por fusión de dos o más municipios limítrofes para constituir un nuevo municipio.
- b) Por incorporación de uno o más municipios a otro limítrofe.
- c) Por segregación de parte del término de un municipio o de varios municipios para constituir uno nuevo.

d) Por segregación de parte del término de un municipio o de varios municipios para agregarse a otro limítrofe.

Respecto al procedimiento de modificación se establece que los límites territoriales de los términos municipales podrán modificarse con la finalidad de adecuarlos a las iniciativas de corrección de disfuncionalidades territoriales elaboradas por la Comisión Gallega de Delimitación Territorial. La modificación será acordada por el Consello de la Xunta de Galicia. Aspecto que con carácter general PERDIGO SOLA entiende debiera ser atribuido al Parlamento autonómico mediante ley, a propuesta del conselleiro competente en materia de régimen local, previa audiencia, por el plazo de un mes, de los municipios afectados, del informe de la respectiva Diputación Provincial y del dictamen del Consello Consultivo de Galicia.

La Xunta de Galicia podrá establecer, entre otras, las siguientes medidas de fomento para la fusión de municipios o para la incorporación voluntaria a otros:

- a) Ayudas económicas y técnicas.
- b) Criterios prioritarios o especiales en la asignación de subvenciones finalistas.
- c) Creación de un fondo especial.

Pese a la previsión del fomento y ventajas en la fusión de los municipios, apuntadas reiteradamente por SOSA WAGNER y DE MIGUEL GARCÍA, la ley gallega establece que no procederá la segregación parcial cuando esto suponga:

- a) Que el municipio segregado no cuente con recursos suficientes para prestar, en la parte no segregada de su término municipal, los servicios mínimos exigidos por el artículo 81 de la Ley autonómica y por la legislación básica en la materia.
- b) Disminución en la calidad media de los servicios que venían siendo prestados por el municipio que se pretende segregar. Por el contrario, deberá suponer un avance en la calidad de los servicios que pasen a ser gestionados por el municipio agregante.
- c) Cuando la parte que se trate de segregar estuviera unida por calle o zona urbana a otro núcleo o poblado del municipio originario.

d) Cuando existan datos y evidencias que permitan deducir que los supuestos beneficios de la segregación no se pueden conseguir con otros mecanismos.

Desde el punto de vista organizativo hay que subrayar que la Ley de Administración Local de Galicia crea la Comisión Gallega de Delimitación Territorial como órgano de estudio, consulta y propuesta en relación con las materias que atañen a la determinación, revisión y modificación de los límites territoriales de las entidades locales gallegas y de las demarcaciones en que se estructura la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia. Las funciones de la Comisión se encuentran recogidas en el artículo 2 del Decreto 370/1998 de 10 de diciembre y son:

- a) Emitir informe sobre todos los expedientes de alteración de límites municipales.
- b) Emitir informe sobre todos los expedientes de cambio de capitalidad.
- c) En los procedimientos de demarcación y deslinde de los términos municipales, que se deriven de conflictos planteados entre los municipios afectados.
- d) Elaborar, a petición del Consello de la Xunta de Galicia, los estudios y las propuestas de revisión para proceder a la aplicación de las medidas de fomento de la fusión de municipios o para la incorporación voluntaria a otros.
- e) Estudiar y dictaminar las alegaciones presentadas y los distintos informes emitidos sobre el mapa municipal de Galicia antes de su elevación al Consello de la Xunta de Galicia para su aprobación definitiva.
- f) Ejercer las demás que le atribuyen las leyes.

El Mapa municipal de Galicia se elabora bajo la responsabilidad de la consellería competente en materia de régimen local, ajustándose en su elaboración y aprobación a lo que resulte de los expedientes de delimitación y deslinde y, en su caso, de las resoluciones definitivas en caso de conflicto, y se aprobará de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- a) El mapa municipal de Galicia será aprobado inicialmente por la consellería competente en materia de régimen local.



b) Aprobado inicialmente el documento, se remitirá al Instituto Geográfico Nacional para su informe y se someterá a información pública para alegaciones, por un plazo de treinta días, mediante su publicación en el *Diario Oficial de Galicia* y en los boletines oficiales de las cuatro provincias gallegas.

c) Simultáneamente se dará traslado del documento a las Diputaciones Provinciales, a los Ayuntamientos interesados y a la Delegación del Gobierno para que, en el mismo plazo, puedan emitir informe, que se entenderá favorable en caso de que, transcurrido dicho plazo, no lo hubiesen remitido.

d) Estudiadas y dictaminadas, por la Comisión Gallega de Delimitación Territorial, las distintas alegaciones e informes y hechas las correcciones que procedan, y previo dictamen del Consello Consultivo de Galicia, será elevado el expediente por el Conselleiro competente en materia de régimen local al Consello de la Xunta de Galicia para su aprobación definitiva.

e) El Decreto por el que se apruebe definitivamente el mapa municipal se publicará en el *Diario Oficial de Galicia* y en el *Boletín Oficial del Estado* y se comunicará a la Administración del Estado a los efectos previstos en la legislación básica de régimen local.

Respecto a la fusión de municipios, la Ley la define como el resultado de su unión, de modo que se produzca la desaparición de todos ellos, creándose uno nuevo en el que el ámbito territorial y la población se correspondan con la suma de los municipios fusionados. Como consecuencia de la fusión, el nuevo ente creado podrá mantener la denominación de cualquiera de los municipios originarios o establecer una nueva. El nuevo municipio podrá fijar su capitalidad en cualquier núcleo del término resultante.

Tanto la denominación como la capitalidad del municipio resultante de un proceso de fusión deberán ser propuestas desde el comienzo del procedimiento por parte de los municipios originarios.

Podrá realizarse la fusión cuando se dé alguno de los siguientes requisitos:

a) Cuando se confundan núcleos de población que sean capitalidad de los respectivos municipios.

- b) Cuando separadamente carezcan los municipios de recursos suficientes para atender los servicios mínimos exigidos por los artículos 81 de la Ley autonómica 5/1997 y 26.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local o los que en cada momento determine la normativa aplicable.
- c) Cuando existan notorios motivos de necesidad o conveniencia económica o administrativa o consideraciones de orden geográfico y demográfico.
- d) Cuando del proceso de fusión deriven importantes ventajas para los municipios afectados en lo que a la prestación de servicios se refiere y así sea estimado por los municipios fusionados.

La Ley gallega entiende por incorporación de uno de varios municipios a otro limítrofe la operación consistente en la integración del incorporado o de los incorporados al incorporante, de forma que aquel o aquellos desaparezcan pasando a formar parte de este. El territorio y la población del municipio resultante quedarán constituidos por la suma de todos ellos, manteniéndose la capitalidad y denominación del municipio incorporante, que integrará a todos los efectos la personalidad jurídica de los municipios incorporados.

Podrá acordarse la incorporación de uno de varios municipios a otro limítrofe cuando se dé alguno de los siguientes requisitos:

- a) Cuando resulte imposible la prestación a los vecinos de los municipios a incorporar de los servicios mínimos previstos o de los que en cada momento determine la normativa aplicable, y se opte por esta vía en lugar de la fusión.
- b) Cuando resulte gravemente disminuido alguno de los elementos básicos del municipio o de los municipios que se incorporen.
- c) Cuando del proceso de integración se deriven significativas ventajas para los municipios afectados en lo que a la prestación de servicios se refiere y así sea estimado por los municipios que se integran y por el receptor.

En el Derecho Local de Galicia se entiende por segregación para la creación de nuevos

municipios la operación consistente en separar parte del término de uno o de varios municipios para constituir uno nuevo e independiente. Para que pueda crearse un municipio nuevo e independiente, por segregación, es preciso que se den todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- a) Que existan motivos permanentes de interés público.
- b) Que se trate de uno o de varios núcleos de población territorialmente diferenciados y alejados de la capitalidad del municipio o de los municipios originarios en más de diez kilómetros, o que, sin mediar esta distancia, las vías y los medios de comunicación con aquella resulten manifiestamente insuficientes, y siempre que exista una franja de suelo no urbanizable de, por lo menos, cinco kilómetros.
- c) Que el núcleo o los núcleos que se van a segregar cuenten con una población no inferior a cinco mil habitantes y que el municipio o los municipios de los que se segregarán no bajen de este límite poblacional al producirse la segregación.
- d) Que el nuevo municipio cuente con recursos propios suficientes para la implantación y el mantenimiento de los servicios que la Ley le exige y su independencia no suponga en ningún caso disminución en la calidad de los que venían siendo prestados por él o por los municipios originarios.
- e) Que en el núcleo o en los núcleos que se pretenden segregar no vinieran siendo prestados, por el municipio o por los municipios originarios, los servicios mínimos exigidos por la Ley con la calidad media con la que se prestan en el resto de su término municipal.
- f) Que en cualquier caso no exista otra alternativa que permita resolver los problemas que motivan la segregación.

La categoría de la segregación-agregación es la operación consistente en separar parte de un término municipal de su ámbito territorial originario para agregarlo al de otro limítrofe. Podrá llevarse a cabo la segregación parcial de un término municipal para su agregación a otro municipio limítrofe cuando concurra alguna de las siguientes causas:

- a) En caso de que se confundan núcleos urbanos de dos o más municipios como consecuencia del desarrollo urbanístico y ninguno de estos núcleos sea capital de los municipios afectados o solo lo sea el del municipio agregante.
- b) Cuando existan notorios motivos de necesidad o conveniencia económico-administrativa que así lo aconsejen.
- c) Cuando el núcleo de población que se va a segregar esté recibiendo los servicios mínimos del municipio al que pretende agregarse.

El procedimiento común para la alteración de los términos municipales se regula de la siguiente manera. Las alteraciones de términos municipales podrán ser iniciadas de oficio por la consellería competente en materia de régimen local o a instancia de:

- a) Cualquiera de los municipios interesados.
- b) Las Diputaciones Provinciales respectivas.

Las alteraciones de términos municipales podrán, asimismo, ser tramitadas, con carácter voluntario, por los Ayuntamientos interesados. En tal caso, el expediente será iniciado por los acuerdos de los respectivos Ayuntamientos, adoptados con el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación. Los acuerdos se someterán a información pública por un plazo no inferior a treinta días.

Concluido el período de información pública, los Ayuntamientos adoptarán nuevo acuerdo, con la misma mayoría que en el acuerdo de iniciación, en el que se resolverá sobre el origen de la alteración y, en su caso, sobre las reclamaciones presentadas. Si los acuerdos fueran favorables a la alteración, se elevará el expediente a la consellería competente en materia de régimen local.

Las alteraciones de términos municipales consistentes en su segregación parcial para la constitución de un nuevo e independiente municipio o en la segregación de parte del término de un municipio para agregarlo a otro limítrofe podrán ser promovidas a instancia de los vecinos residentes en la parte o en las partes que se vayan a segregar.

Instruido el expediente de alteración de términos municipales, y a efectos de que emitan el informe que estimen oportuno, se les dará audiencia en el plazo de un mes a:

- a) Los municipios y las demás Entidades Locales interesadas cuando la iniciación haya sido decretada de oficio por la Consellería competente en materia de régimen local o a instancia de los municipios o de las Diputaciones Provinciales respectivas.
- b) Las Diputaciones Provinciales en caso de que las alteraciones de términos municipales hayan sido tramitadas, con carácter voluntario, por los Ayuntamientos interesados o promovidas por los vecinos residentes en la parte o en las partes que hayan de segregarse.

Recibidos los informes referidos o transcurrido el plazo de un mes sin que hayan sido evacuados, la Consellería competente en materia de régimen local elevará el expediente a la Comisión Gallega de Delimitación Territorial para que emita informe y elaborará propuesta de resolución. A estos efectos, dicha Consellería podrá solicitar a todas las administraciones públicas que considere precisas cuantos datos estime necesarios con la finalidad de disponer de los elementos objetivos suficientes para la elaboración de la propuesta de resolución.

El informe y la propuesta de resolución señalados serán remitidos, junto con el expediente, por la Consellería competente en materia de régimen local, para dictamen, al Consello Consultivo de Galicia. La resolución definitiva del procedimiento se hará por Decreto del Consello de la Xunta de Galicia, del que se dará traslado a la Administración del Estado a los efectos previstos en el artículo 14.1 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Las resoluciones definitivas de los expedientes de alteración de términos municipales deberán contener, en su caso, el nombre del nuevo municipio, el núcleo en que se ubicará la capitalidad, los nuevos límites de los términos municipales afectados, la población y parroquias de los términos municipales afectados y la aprobación de las estipulaciones jurídicas y económicas acordadas.

La resolución se publicará en el *Diario Oficial de Galicia*, en el *Boletín Oficial* de la

Provincia correspondiente y en el *Boletín Oficial del Estado*. En caso de que el expediente haya sido iniciado de oficio por la Consellería competente en materia de régimen local y de que en el trámite de informe formularan oposición uno o más de los municipios afectados, la alteración de términos municipales se aprobará por Ley del Parlamento de Galicia. CASTELLS ARTECHE defiende que la Ley debería contemplar en todo caso la conformidad municipal, por aplicación analógica de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional, de 2 de febrero de 1981, respeto a garantía constitucional de la provincia.

La certeza de los términos territoriales de los municipios es considerada especialmente importante por la Ley de Administración Local de Galicia y para ello se establece que los Ayuntamientos tendrán la facultad de promover la demarcación, el deslinde y el amojonamiento de sus términos municipales. Los conflictos que puedan plantearse entre municipios en relación con la demarcación y con el deslinde de sus términos serán resueltos por el Consello de la Xunta de Galicia, a propuesta del Conselleiro competente en materia de régimen local y previo informe de la Comisión Gallega de Delimitación Territorial. En el supuesto de que se trate de expedientes que supongan la alteración de términos municipales, será preceptivo, además, el dictamen del Consello Consultivo de Galicia.

## **POBLACIÓN MUNICIPAL, ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS**

La población del municipio está constituida por el conjunto de personas inscritas en el padrón municipal. Toda persona que viva en la Comunidad Autónoma de Galicia está obligada a inscribirse en el padrón del municipio en el que resida habitualmente. Quien viva en varios municipios deberá inscribirse únicamente en el que habite durante más tiempo al año.

Los inscritos en el padrón municipal son los vecinos del municipio. La condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el padrón. Todas las personas que tengan vecindad administrativa en un municipio de Galicia tienen la condición política de gallegos.

El padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un

municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en este. Las certificaciones que se expidan de estos datos tendrán carácter de documento público y fehaciente a todos los efectos administrativos.

La inscripción en el padrón municipal contendrá como obligatorios solo los siguientes datos:

a) Nombre y apellidos. b) Sexo. c) Domicilio habitual. d) Nacionalidad. e) Lugar y fecha de nacimiento. f) Número del documento nacional de identidad o, tratándose de extranjeros, del documento que lo sustituya. g) Certificado o título escolar o académico que se posea. h) Cuantos otros datos puedan ser necesarios para la elaboración del censo electoral, siempre que se garantice el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

Los datos del padrón municipal se cederán a otras administraciones públicas que lo soliciten sin consentimiento previo del afectado solamente cuando les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias, y exclusivamente para asuntos en los que la residencia o el domicilio sean datos relevantes. También pueden servir para elaborar estadísticas oficiales sometidas al secreto estadístico.

Fuera de estos supuestos, los datos del padrón son confidenciales y el acceso a ellos se regirá por lo dispuesto en la legislación reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La formación, el mantenimiento, la revisión y la custodia del padrón municipal corresponden al Ayuntamiento, de acuerdo con el que establezca la legislación del Estado. La gestión del padrón municipal será llevada por los Ayuntamientos con medios informáticos. Las Diputaciones Provinciales gallegas asumirán la gestión informatizada de los padrones de los municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan mantener los datos de forma automatizada.

Los Ayuntamientos realizarán las actuaciones y operaciones que sean necesarias para mantener actualizados sus padrones, de forma que los datos contenidos en estos

concuermen con la realidad. Los Ayuntamientos gallegos remitirán al Instituto Nacional de Estadística y al Instituto Galego de Estatística los datos de sus respectivos padrones.

Son derechos y deberes de los vecinos:

- a) Ser elector y elegible, de conformidad con el dispuesto por la legislación electoral.
- b) Participar en la gestión municipal, de conformidad con el dispuesto por las Leyes y por los reglamentos propios del municipio y, en su caso, cuando los órganos de gobierno y administración municipal soliciten la colaboración con carácter voluntario.
- c) Utilizar, de acuerdo con su naturaleza, los servicios públicos municipales y acceder a los aprovechamientos comunales de acuerdo con las normas aplicables.
- d) Contribuir, mediante las prestaciones económicas y personales establecidas por la Ley, al ejercicio de las competencias municipales.
- e) Ser informado, mediante petición razonada, y dirigir solicitud previa a la Administración municipal, en relación con todos los expedientes y la documentación municipal, de conformidad con lo establecido por el artículo 105 de la Constitución, por la legislación de régimen local, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por los Reglamentos de la Corporación.
- f) Pedir la consulta popular en los términos establecidos por la ley.
- g) Exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, como recuerda QUINTANA LÓPEZ, cuando constituya competencia municipal propia de carácter obligatorio.
- h) Ejercer los demás derechos y deberes establecidos por las Leyes y, en su caso, por los Reglamentos de la Corporación.

Para hacer efectivos los derechos citados, los titulares podrán iniciar los procedimientos administrativos y jurisdiccionales que les correspondan por Ley. Para exigir la prestación o el establecimiento de los servicios obligatorios, podrán formularse, en cualquier caso,



reclamaciones contra la aprobación inicial de los presupuestos cuando estos no consignen los créditos precisos a tales efectos. Contra los actos que resuelvan definitivamente la reclamación, los interesados podrán interponer recurso contencioso-administrativo.

### Organización

Los municipios de la Comunidad Autónoma de Galicia tienen la potestad de autoorganización y por ello podrán aprobar sus reglamentos orgánicos sin otro límite que el respeto a las reglas de organización municipal establecidas por la legislación básica del Estado y por la Ley de Administración Local de Galicia.

La organización municipal se regirá por las siguientes reglas:

- a) El Alcalde, los Tenientes de Alcalde y el Pleno existirán en todos los Ayuntamientos.
- b) Existirá una Comisión de Gobierno (Xunta de Gobierno) en los municipios cuya población de derecho sea superior a cinco mil habitantes y en los de población inferior cuando lo acuerde el Pleno del Ayuntamiento o lo establezca el reglamento orgánico de este.
- c) La Comisión Especial de Cuentas existirá en todos los Ayuntamientos.
- d) Podrán complementar la organización municipal los Alcaldes de barrio, las comisiones de estudio, informe o consulta, los órganos de gestión desconcentrada y de participación ciudadana y cualquier otro órgano establecido por el Ayuntamiento y regulado por su reglamento orgánico.

La creación de los órganos complementarios responderá a los principios de eficacia, economía organizativa y participación ciudadana y exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Determinación de su forma de integración en la organización municipal y de su dependencia jerárquica.
- b) Delimitación de sus funciones y competencias.
- c) Dotación de los créditos precisos para su puesta en marcha y funcionamiento.

No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 140 de la Constitución, el gobierno y administración municipal corresponden al Ayuntamiento, integrado por el Alcalde y los concejales. Los concejales son elegidos mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto y el Alcalde es elegido por los concejales o por los vecinos, todo ello en los términos que establezca la legislación electoral general.

El Alcalde es el presidente de la Corporación y ostenta las siguientes atribuciones:

- a) Representar el Ayuntamiento.
- b) Dirigir el gobierno y la administración municipales.
- c) Convocar y presidir las sesiones del Pleno, de la Comisión de Gobierno y de cualquier otro órgano municipal.
- d) Dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y las obras municipales.
- e) Publicar, ejecutar y hacer cumplir los acuerdos municipales.
- f) Dictar bandos y velar por su cumplimiento.
- g) Autorizar y disponer los gastos dentro de los límites de su competencia, ordenar los pagos y rendir las cuentas.
- h) Ejercer la dirección superior de todo el personal de la Corporación.
- i) Ejercer la jefatura superior de la Policía municipal, así como nombrar y sancionar a los funcionarios que usen armas.
- j) Ejercitar acciones judiciales y administrativas en caso de urgencia.
- k) Adoptar personalmente y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o infortunios públicos, o de grave peligro de que estos se produzcan, las medidas precisas y adecuadas, dando inmediata cuenta de ellas al Pleno de la Corporación.

- l) Sancionar las faltas de desobediencia a su autoridad o las infracciones de las ordenanzas municipales, salvo en los casos en los que la facultad se atribuya a otros órganos.
- m) Contratar obras, servicios y abastecimientos siempre que su cuantía no exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto ni del cincuenta por ciento del límite general aplicable al procedimiento negociado.
- n) La contratación y concesión de obras, servicios y suministros que, excediendo de la cuantía señalada en el punto anterior, tengan una duración no superior a un año o no exijan créditos superiores al consignado en el presupuesto anual.
- ñ) Decidir los empates con voto de calidad.
- o) Otorgar las licencias, salvo en caso de que las ordenanzas o las Leyes sectoriales lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Comisión de Gobierno.
- p) El desarrollo y la gestión económica conforme el presupuesto aprobado.
- q) Presidir las subastas y los concursos para ventas, arrendamientos, suministros y toda clase de adjudicaciones de servicios y obras municipales.
- r) Solicitar la delegación de competencias para la contratación y la ejecución de obras y servicios con otras Administraciones.
- s) Ejercer las demás que de manera expresa le atribuyan las leyes y las que la legislación asigne al Ayuntamiento y no atribuya a otros órganos municipales.

Corresponderá también al Alcalde el nombramiento de los Tenientes de Alcalde.

El Alcalde podrá delegar el ejercicio de sus atribuciones en los miembros de la Comisión de Gobierno y, en caso de que esta no existiese, en los Tenientes de Alcalde, salvo las de convocar y presidir las sesiones del Pleno y de la Comisión de Gobierno y las mencionadas en las letras b), f), h), j) y k) antes citadas.

El Alcalde podrá, asimismo, conferir las delegaciones especiales para encargos específicos a favor de cualquier Concejal, aunque no pertenezca a la Comisión de

Gobierno. El acuerdo de delegación determinará los asuntos que esta comprenda, las potestades que se deleguen y las condiciones concretas de su ejercicio.

Los Tenientes de Alcalde serán libremente nombrados y destituidos por el Alcalde de entre los miembros de la Comisión de Gobierno y, donde esta no exista, de entre los concejales.

En los municipios con Comisión de Gobierno (Xunta de Gobierno) el número de Tenientes de Alcalde no podrá exceder del número de miembros de aquella. En aquellos otros en los que no exista tal Comisión, el número de Tenientes de Alcalde no podrá exceder del tercio del número legal de miembros de la Corporación. No se tendrán en cuenta, a los efectos del cómputo, los decimales que resulten de dividir por tres el número total de concejales.

La condición de Teniente de Alcalde se pierde, además de por el cese, por renuncia expresa manifestada por escrito y por pérdida de la condición de miembro de la Comisión de Gobierno.

Corresponde a los tenientes de Alcalde, en cuanto tales, sustituir en la totalidad de sus funciones y por la orden de su nombramiento al Alcalde, en los casos de ausencia, enfermedad o impedimento que imposibilite a este para el ejercicio de sus atribuciones, así como desempeñar las funciones del Alcalde en los supuestos de vacante en la Alcaldía hasta que tome posesión el nuevo Alcalde.

El Pleno estará integrado por todos los concejales y presidido por el Alcalde. Corresponderán al Pleno las siguientes atribuciones:

- a) Controlar y fiscalizar los órganos de gobierno.
- b) Tomar los acuerdos relativos a la participación en organizaciones supramunicipales, la alteración del término municipal, la creación o supresión de municipios y entidades de administración descentralizada, la creación de órganos desconcentrados, la alteración de la capitalidad del municipio, el cambio de nombre del municipio y la adopción o modificación de la bandera, enseña o escudo.

- c) Aprobar la iniciación y poner fin a la tramitación municipal de los instrumentos de planeamiento nos tener previstos en la legislación urbanística gallega.
- d) Aprobar el reglamento orgánico y las ordenanzas.
- y) Crear y regular órganos complementarios.
- f) Determinar los recursos propios de carácter tributario, aprobar y modificar los presupuestos, disponer gastos en los asuntos de su competencia y aprobar las cuentas.
- g) Contratar obras, servicios y suministro en caso de que su cuantía exceda de la que está permitida al Alcalde o a la Comisión de Gobierno y concertar o modificar operaciones de crédito, así como anticipos de tesorería, cuando la cuantía de estos exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto municipal.
- h) Aprobar las formas de gestión de los servicios y expedientes de municipalización.
- i) Aceptar la delegación de competencias hecha por otras Administraciones Públicas.
- j) Presentar conflictos de competencia a otras Administraciones Públicas.
- k) Aprobar la plantilla de personal, la relación de los puestos de trabajo, las bases de las pruebas para la selección de personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo, fijar la cuantía de las retribuciones complementarias de los funcionarios y el número y régimen del personal eventual, todo ello en los términos establecidos por la legislación sobre función pública local, así como separar del servicio a los funcionarios de la Corporación, salvo lo establecido por el artículo 99.4 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, y ratificar el despido del personal laboral.
- l) Ejercitar las acciones administrativas y judiciales.
- m) Alterar la calificación jurídica de los bienes de dominio público.
- n) Cualquier acto de disposición sobre los bienes, incluida la adquisición, transacción, enajenación y cesión gratuita a otras Administraciones o instituciones públicas y a instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. La concesión, arrendamiento

o a cesión de uso de bienes por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda del diez por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto, y la regulación del aprovechamiento de los bienes comunales y la cesión, por cualquier título, del aprovechamiento de estos bienes.

ñ) Las demás que l deban corresponder al Pleno cuando su aprobación requiera una mayoría especial.

o) Ejercer las demás que de forma expresa le atribuyan las Leyes.

Corresponderá, asimismo, al Pleno la votación sobre la moción de censura al Alcalde, que se regirá por lo dispuesto en la legislación electoral general.

No son delegables las atribuciones reservadas al Pleno en las letras a), b), c), d), e), f), h), i), j), k), m) y ñ), y la votación sobre la moción de censura al Alcalde.

La delegación de atribuciones del Pleno en favor de la Comisión de Gobierno (Xunta de Gobierno) requerirá acuerdo adoptado por la mayoría del número legal de miembros de la Corporación. El acuerdo de delegación determinará los asuntos que esta comprenda, las potestades que se deleguen y las condiciones concretas de su ejercicio.

La Comisión de Gobierno (Xunta de Gobierno) estará integrada por el Alcalde y un número de concejales no superior al tercio del número legal de estos, nombrados o separados libremente por el Alcalde, que deberá dar cuenta de ello al Pleno.

Corresponderán a la Comisión de Gobierno:

a) La asistencia al Alcalde en el ejercicio de sus atribuciones.

b) Las atribuciones que el Alcalde u otro órgano municipal le deleguen y las que le atribuyan las Leyes.

La Comisión Especial de Cuentas de la entidad local estará constituida por los miembros de los distintos grupos políticos de la Corporación. El número de miembros será proporcional a su representatividad en el Ayuntamiento o igual para cada grupo. En el último caso se aplicará el sistema de voto ponderado. Corresponderán a la Comisión

Especial de Cuentas el examen, estudio e informe de la cuenta general y de las demás cuentas anuales. Para el ejercicio adecuado de sus funciones, la Comisión podrá requerir, por medio del Alcalde, la documentación complementaria que considere precisa y la presencia de los miembros y funcionarios de la Corporación especialmente relacionados con las cuentas que se analicen. Las competencias de la Comisión Especial de Cuentas se entenderán sin perjuicio de las que les correspondan al Tribunal de Cuentas y al Consejo de Cuentas, de conformidad con su legislación específica.

Se constituirán comisiones de estudio, informe y consulta en todos los municipios de más de cinco mil habitantes. En los demás podrán constituirse potestativamente, si así lo acuerda el Pleno de la Corporación. Corresponderán a estas comisiones el estudio y el dictamen previos de los asuntos que deban someterse a la decisión del Pleno o de la Comisión de Gobierno cuando actúe por delegación de este. Asimismo, podrán intervenir en relación con los asuntos que deban someterse a la Comisión de Gobierno cuando este órgano les solicite dictamen.

#### Los órganos territoriales para la gestión municipal desconcentrada y de participación ciudadana

En los municipios con más de veinte mil habitantes se podrán constituir, con la finalidad de facilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos municipales, órganos territoriales de gestión desconcentrada que integrarán a concejales en un número que no podrá ser superior a la mitad del total de sus componentes y representantes de las asociaciones de vecinos, designados por el Alcalde a propuesta de estas de acuerdo con su efectiva implantación. La presidencia del órgano corresponderá al Concejale que al efecto designe el Alcalde de entre los que figuren en la lista más votada en el territorio de que se trate.

Asimismo, por acuerdo del Pleno y en municipios con más de veinte mil habitantes, podrán crearse órganos de participación sectorial en relación con los ámbitos de actuación pública municipal que por su naturaleza lo permitan con la finalidad de integrar la participación de los ciudadanos y de sus asociaciones en los asuntos municipales. Presidirán los órganos de participación sectorial los concejales en quienes delegue el

Alcalde.

En los núcleos de población alejados del centro urbano y que no constituyan entidad local el Alcalde podrá nombrar un Alcalde de Barrio para cada núcleo entre los vecinos que residan en este. El Alcalde también podrá nombrar Alcaldes de Barrio en las ciudades en las que los servicios requieran esta designación. Cada Alcalde de Barrio tendrá que ser vecino de aquel en el que ejerza sus funciones. La duración del cargo estará sujeta a la del mandato del Alcalde que lo nombró, quien podrá removerle cuando lo juzgue oportuno. Los Alcaldes de Barrio tendrán carácter de autoridad en el cumplimiento de sus tareas habituales, en cuanto representantes del Alcalde que los nombró.

#### Los grupos políticos

Los concejales, a los efectos de su actuación corporativa, se constituirán en grupos, que se corresponderán con los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que hayan obtenido puestos en la Corporación. La sentencia del Tribunal Constitucional 30/1993 declara que el legislador ha optado como criterio de organización del trabajo de la Corporación por el encuadramiento de los concejales en grupos políticos. Cada partido político, federación, coalición o agrupación constituirá un único grupo.

Nadie puede pertenecer simultáneamente a más de un grupo. Se integrarán, en todo caso, en el grupo mixto los miembros de los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones que no hubiesen obtenido un mínimo de dos escaños. En el supuesto de que no existiera grupo mixto, este quedará constituido por el miembro del partido político, federación, coalición o agrupación que haya obtenido un solo escaño. Durante el mandato de la Corporación, ningún miembro de esta podrá integrarse en un grupo distinto de aquel en que lo haga inicialmente.

Corresponde a los grupos políticos designar, mediante escrito de su portavoz dirigido al Presidente, a aquellos de sus componentes que hayan de representarlos en todos los órganos colegiados integrados por corporativos pertenecientes a los diversos grupos.

Siempre que sea posible, los diversos grupos políticos dispondrán, en la sede de la



entidad local, de un despacho o local para reunirse de manera independiente y recibir visitas de los ciudadanos. Los grupos políticos podrán hacer uso de locales municipales de reunión de la Corporación para celebrar reuniones y sesiones de trabajo con asociaciones para la defensa de los intereses colectivos, generales o sectoriales de la población. Estas reuniones no se permitirán si coinciden con sesiones del Pleno o porque la disponibilidad de espacios para otros actos político-administrativos de la Corporación lo impida.

### Competencias

El municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, podrá promover toda clase de actividades y prestar todos los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad de vecinos.

El municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma en las siguientes materias:

- a) La seguridad en lugares públicos.
- b) La ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas.
- c) La protección civil y la prevención y extinción de incendios.
- d) La ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; la promoción y gestión de viviendas; los parques y jardines; la pavimentación de vías públicas urbanas y la conservación de caminos y vías rurales.
- e) El patrimonio histórico-artístico.
- f) La protección del medio ambiente.
- g) Abastos, mataderos, ferias, mercados y la defensa de usuarios y consumidores.
- h) La protección de la salubridad pública.
- i) La participación en la gestión de la atención primaria de la salud.
- j) Los cementerios y servicios funerarios.

- k) La prestación de los servicios sociales y la promoción y reinserción sociales.
- l) El suministro de agua, el alumbrado público, los servicios de limpieza viaria, la recogida y el tratamiento de residuos, el alcantarillado y el tratamiento de aguas residuales.
- m) El transporte público de viajeros.
- n) Las actividades e instalaciones culturales y deportivas, la ocupación del tiempo libre y el turismo.
- ñ) La participación en la programación de la enseñanza y la cooperación con la Administración educativa en la creación, construcción y mantenimiento de los centros docentes públicos; la intervención en los órganos de gestión de los centros docentes y la participación en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.
- o) La ejecución de programas propios destinados a la infancia, juventud, mujer y tercera edad.
- p) La participación en la formación de activos y desempleados.

#### Los servicios mínimos

Los municipios, según el artículo 81 de la Ley de Administración Local de Galicia, independientemente o asociados, prestarán, como mínimo, los siguientes servicios:

- a) En todos los municipios:

Alumbrado público, cementerio, recogida selectiva, en su caso, de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación y conservación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas en todo lo que no sea competencia de otras Administraciones.

En los municipios que cuenten con un núcleo urbano con población superior a los mil habitantes se prestará el servicio de biblioteca pública.

- b) En los municipios con una población superior a los cinco mil habitantes, además: parque público, biblioteca pública, mercado y tratamiento de residuos.

c) En los municipios de población superior a veinte mil habitantes, además: protección civil, prestación de servicios sociales, prevención y extinción de incendios e instalaciones deportivas de uso público.

d) En los municipios de población superior a cincuenta mil habitantes, además:

transporte colectivo urbano de viajeros y protección del medio ambiente.

La prestación homogénea de los servicios mínimos constituye un objetivo a cuya consecución se dirigirán, preferentemente, las funciones asistenciales y de cooperación municipal de las Diputaciones Provinciales, así como la coordinación y ayuda de la Comunidad Autónoma. El Consello de la Xunta de Galicia establecerá, a propuesta de la Consellería competente en materia de régimen local, niveles homogéneos de prestación de los servicios mínimos en los términos que reglamentariamente se determinen.

#### Las actividades complementarias de otras Administraciones Públicas

Para la gestión de sus intereses y una vez que se garantice la prestación de los servicios mínimos, el municipio también podrá ejercer actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas y, en particular, las relativas a: a) La educación. b) La cultura, la juventud y el deporte. c) La promoción de la mujer. d) La vivienda. e) La atención primaria a la salud. f) La ocupación y la lucha contra el paro. g) Los archivos, museos, conservatorios de música y centros de bellas artes. h) El fomento de las estructuras agrarias y la prestación de servicios de interés público agrario. i) La protección del medio ambiente.

Para la realización de estas actividades, los municipios podrán ejercer las potestades de ejecución que no estén atribuidas por la legislación a otras Administraciones Públicas, incluida, en su caso, la de dictar reglamentos internos de organización de los correspondientes servicios. ORTEGA ALVAREZ entiende que estas actividades constituyen auténticas competencias y tienen la misma naturaleza que las restantes atribuidas legalmente.

## **LA PROVINCIA: ORGANIZACIÓN Y COMPETENCIAS.**

La ley de Administración local de Galicia de 22 de julio de 1997 (reformada mediante la ley 8/1999, de 30 de diciembre, la ley 18/2008 de 29 de diciembre, la ley 1/2010, de 11 de febrero y la ley 4/2012 de 12 de abril, del Área Metropolitana de Vigo) es la norma autonómica de referencia en estas materias.

La ley de Administración local de Galicia define a la provincia como una entidad local de carácter territorial formada por la agrupación de municipios, con personalidad jurídica propia, autonomía y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines propios y específicos. En relación con este último elemento teleológico la propia norma aclara que son fines propios y específicos de la provincia garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales, en el marco de la política económica y social, y, en particular:

- a) Asegurar la prestación integral y apropiada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal.
- b) Participar en la coordinación de la Administración local con la de la Comunidad Autónoma y con la del Estado.

En lo tocante a su carácter territorial hay que recordar que el término provincial es el ámbito territorial en el que la Diputación Provincial ejerce sus competencias y que la modificación de los límites provinciales sólo podrá producirse por alteración de los términos municipales y mediante ley orgánica conforme a la legislación estatal básica.

### Organización

Según MORELL OCAÑA la organización provincial constituye un trasunto de lo establecido para los Ayuntamientos y, por consiguiente, no se observan otras variaciones que las que impone la lógica en lo que afecta a las competencias. Formarán parte de la organización provincial:

- a) El presidente, los vicepresidentes, el Pleno y la Comisión de Gobierno (*Xunta de Goberno*). Será sin órgano de la provincia la Comisión Especial de Cuentas.
- b) Son órganos complementarios las comisiones de estudio, informe o consulta, que

acomodarán su constitución y funcionamiento a las mismas reglas que sus homónimas de ámbito municipal. El Pleno de la Diputación, haciendo uso de su potestad de autoorganización, podrá crear cualquier otro órgano de carácter complementario, sin otro límite que el respeto a la organización determinada por la legislación básica y por esta ley.

Todos los grupos políticos integrantes de la Corporación tendrán derecho a participar, mediante la presencia de diputados pertenecientes a ellos, en los órganos complementarios de la Diputación Provincial que tengan por función el estudio, informe o consulta de los asuntos que tengan que ser sometidos a la decisión del Pleno.

La interrelación básica entre los elementos de la organización provincial es la siguiente: la elección del presidente se rige por lo dispuesto en la legislación electoral general correspondiéndole al presidente el nombramiento de los vicepresidentes y quedando el Pleno de la Diputación Provincial constituido por el presidente y por los demás diputados provinciales.

Por su parte la Comisión de Gobierno (*Xunta de Goberno*) estará integrada por el presidente y por un número de diputados no superior a la tercera parte del número legal de miembros de la Corporación, nombrados y separados libremente por el presidente, que le dará cuenta de esto al Pleno.

#### Competencias del presidente de la Diputación:

RIVERO YSERN afirma que la ley de Bases del régimen local, al igual que hizo con el alcalde, tiene reforzado la figura del Presidente de la Diputación, asignándole, junto a una extensa relación de funciones, el ejercicio de aquellas atribuciones que la legislación del Estado o de las Comunidades Autónomas encomiende a la Diputación y que no estén expresamente atribuidas a otros órganos. Se pueden citar:

- a) Representar a la Diputación.
- b) Dirigir el gobierno y la administración de la provincia.
- c) Convocar y presidir las sesiones del Pleno, la Comisión de Gobierno (*Xunta de Goberno*) y cualquier otro órgano de la Diputación.

- d) Dirigir, inspeccionar e impulsar los servicios y obras de los cuales la titularidad o ejercicio le corresponde a la Diputación Provincial.
- e) Ordenar la publicación y ejecución y hacer cumplir los acuerdos de la Diputación.
- f) Autorizar y disponer gastos, dentro de los límites de su competencia, ordenar pagos y rendir cuentas.
- g) Ejercer la dirección y las facultades en materia de personal que no tenga atribuidas el Pleno.
- h) Ejercitar acciones judiciales y administrativas en caso de urgencia.
- i) Asegurar la gestión de los servicios propios de la Comunidad Autónoma de los que la gestión ordinaria esté encomendada por ésta a la Diputación.
- j) Adoptar personalmente y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o infortunios públicos, o de grave peligro de que éstos se produzcan, las medidas precisas y apropiadas, dándole inmediata cuenta de ellas al Pleno de la Diputación.
- k) Contratar obras y servicios siempre que su cuantía no exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto ni del cincuenta por ciento del límite general aplicable al procedimiento negociado legalmente establecido.
- l) Autorizar la contratación y concesión de obras, servicios y abastecimientos que excediendo de la cuantía señalada en el punto anterior tengan una duración no superior a un año o no exijan créditos superiores al consignado en el presupuesto anual.
- m) Hacer cumplir las ordenanzas y los reglamentos provinciales.
- n) Decidir los empates con voto de calidad.
- ñ) Otorgar las autorizaciones o las licencias, no siendo que las ordenanzas o las leyes sectoriales se lo atribuyan expresamente al Pleno o a la Comisión de Gobierno (*Xunta de Goberno*).
- o) El desarrollo y la gestión económica conforme al presupuesto aprobado.

- p) Presidir las subastas y adjudicar provisionalmente el remate.
- q) Ejercer las demás atribuciones que expresamente le atribuyan las leyes.
- r) El ejercicio de aquellas otras atribuciones que las leyes le asignen a la Diputación y no estén expresamente atribuidas a otros órganos.

El presidente puede delegar en la Comisión de Gobierno el ejercicio de sus atribuciones, a no ser la de convocar y presidir las sesiones del Pleno y de la Comisión de Gobierno (*Xunta de Goberno*) y las enumeradas en las letras b), g) y h) , todo ello sin perjuicio de las delegaciones especiales que, para encargos específicos, pueda realizar en favor de cualquier miembro de la Corporación, aunque no pertenezca a la Comisión de Gobierno (*Xunta de Goberno*).

Les corresponde a los vicepresidentes, en cuanto tales, sustituir en la totalidad de sus funciones y por el orden de su nombramiento al presidente, en los casos de ausencia, enfermedad o impedimento que imposibilite a éste para el ejercicio de sus atribuciones, así como desempeñar las funciones del presidente en los supuestos de vacante.

#### Competencias del Pleno de la Diputación:

- a) La organización de la Diputación.
- b) La aprobación de ordenanzas.
- c) La aprobación y modificación de los presupuestos, la disposición de gastos dentro de los límites de su competencia y la aprobación de las cuentas.
- d) La aprobación de los proyectos de carácter provincial.
- e) El control y la fiscalización de la gestión de los órganos de gobierno.
- f) La aprobación de la plantilla, la relación de puestos de trabajo, las bases de las pruebas para la selección de personal y para los concursos de provisión de puestos de trabajo, la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias de funcionarios y el número y régimen del personal eventual, todo ello en los términos de la legislación básica y de esta ley, así como la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación, excepto lo

dispuesto en el artículo 99, número 4, de la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local, y la ratificación del despido del personal laboral.

- g) La alteración de la calificación jurídica de los bienes de dominio público.
- h) La enajenación del patrimonio.
- i) La presentación de conflictos de competencias a otras entidades locales y demás administraciones públicas.
- j) El ejercicio de acciones judiciales y administrativas.
- k) Aquellas que deben corresponderle al Pleno por exigir su aprobación una mayoría especial y a las que se refiere el artículo 215 de la ley de Administración local de Galicia.
- l) La votación sobre la moción de censura al presidente, que se regirá por lo dispuesto en la legislación electoral general.
- m) Exercer las demás que expresamente le atribuyan las leyes.

El Pleno puede delegar en la Comisión de Gobierno (*Xunta de Goberno*) el ejercicio de sus atribuciones, salvo las enumeradas en las letras a), b), c), d), e), f), g), i), k) y l) .

#### Competencias de la Comisión de Gobierno (*Xunta de Goberno*):

- a) La asistencia al presidente en el ejercicio de sus atribuciones.
- b) Las atribuciones que el presidente u otro órgano provincial le deleguen o que le atribuyan las leyes.

Se trata según RIVERO de funciones análogas a las que en la legislación general se contemplan para la *Xunta Municipal de Goberno*.

#### Competencias de las Provincias

Serán competencias propias de las diputaciones provinciales las que bajo este concepto les atribuyan las leyes. Las competencias propias se ejercen en régimen de autonomía y teniendo en cuenta como señala la STC 32/1981, de 28 de julio el respectivo ámbito de



interés de las diversas entidades.

Son competencias propias de las diputaciones provinciales, en cualquier caso, las siguientes:

- a) Coordinar los servicios municipales entre sí para garantizar la prestación integral y apropiada de servicios públicos en todo el territorio de la provincia, cooperando, especialmente, con los municipios de población inferior a veinte mil habitantes para garantizar su efectividad.
- b) Prestarles asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente a los que tengan menor capacidad económica y de gestión.
- c) Prestar los servicios públicos de carácter supramunicipal.
- d) En general, el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia.

En el ejercicio de las competencias que le corresponden a la Comunidad Autónoma, las leyes del Parlamento de Galicia reguladoras de los distintos sectores de la acción pública delimitarán como competencias propias de las diputaciones provinciales las que se consideren indispensables para la gestión de los intereses de éstas.

Pasaremos a hacer un comentario más detallado de estas competencias propias de los organismos provinciales.

En primer lugar y respecto de la coordinación de los servicios municipales entre sí para garantizar la prestación integral y apropiada de los servicios públicos en todo el territorio de la provincia, hay que apuntar que las diputaciones provinciales aprobarán anualmente un Plan provincial de cooperación de obras y servicios de competencia municipal, en la elaboración del cual deberán participar los municipios de la provincia.

El plan, que deberá contener una memoria justificativa de sus objetivos y de los criterios de distribución de los fondos, podrá financiarse con medios propios de la Diputación, con las contribuciones municipales y con las subvenciones que acuerden la Xunta de Galicia y la Administración general del Estado con cargo a los respectivos presupuestos. La Xunta de Galicia podrá condicionar la utilización o el uso de sus subvenciones al establecimiento

de los criterios y de las condiciones que considere convenientes.

Las diputaciones provinciales participarán activamente en la elaboración y gestión de los planes de desarrollo comarcal, colaborando en el cumplimiento de sus objetivos a través de las unidades técnicas comarcales. Los planes de desarrollo comarcal tendrán el carácter de marco de referencia para la elaboración de los planes de cooperación de obras y servicios.

Para conseguir una eficaz coordinación de las inversiones públicas en el territorio gallego, los programas de cooperación económica con las entidades locales que elaboren las diputaciones provinciales, cualquier que sea su denominación y naturaleza, serán puestos, antes de su aprobación, en conocimiento de la Xunta de Galicia y de la Comisión Galega de Cooperación Local.

Las administraciones públicas implicadas procurarán la elaboración de un plan único en el que se fundan las inversiones públicas provenientes de todas ellas; este plan se regirá por un criterio de proporcionalidad que facilite el desarrollo de los referidos planes. Será coordinado por la Xunta de Galicia con el apoyo y asesoramiento de la Comisión Galega de Cooperación Local.

En segundo lugar la cooperación en la asistencia jurídica en favor de los municipios será prestada por las diputaciones provinciales, entre otras, de las formas siguientes:

- a) Mediante el informe y asesoramiento en cuantas consultas les sean formuladas por los órganos competentes de tales entidades.
- b) Mediante la defensa en juicio cuando así les sea solicitado.

La asistencia económico-financiera será prestada por las diputaciones provinciales, entre otras, de las formas siguientes:

- a) Mediante el informe y asesoramiento en cuantas consultas les sean formuladas, sobre la gestión económico-financiera, por los órganos competentes.
- b) Mediante la cesión temporal en uso de material propio de las diputaciones provinciales.

- c) Mediante la concesión de subvenciones a fondo perdido.
- d) Mediante la concesión de créditos y la creación de cajas de crédito para facilitarles a los ayuntamientos operaciones de este tipo.

Las diputaciones provinciales le prestarán asistencia técnica a las entidades locales mediante la elaboración de estudios, proyectos y dirección de obras relativas a servicios de su competencia, en especial en el ámbito del urbanismo, de la gestión tributaria y del asesoramiento e impulso de las medidas destinadas a mejorar la organización administrativa con especial atención a los sistemas de trabajo y a la mecanización de tareas.

Además las diputaciones provinciales prestarán asistencia en materia de formación y perfeccionamiento en general directamente o a través de la *Escola Galega de Administración Pública* en la formación y perfeccionamiento del personal encargado de la gestión económica de las entidades locales.

Una tercera cara de las competencias de las Diputaciones es la prestación de servicios de carácter supramunicipal.

La prestación de servicios que, por su naturaleza, excedan del ámbito de un municipio y no sean asumidos por otra entidad local será atendida por la Diputación Provincial, luego de la firma de los oportunos convenios o acuerdos de cooperación. Esta cuestión es polémica en el ámbito doctrinal, y así PAREJO ALFONSO entiende que la caracterización por el artículo 141 de la Constitución de la Provincia como una agrupación de municipios, conduce directamente a la estimación de que la definición competencial entre ambas “no debe basarse tanto en la diferenciación de asuntos cuanto en las funciones respecto de las mismas”. La prestación de los servicios supramunicipales, cuando fuera asumida por la Diputación Provincial, podrá efectuarse:

- a) A través de los servicios de la propia Diputación Provincial, mediante cualquiera de las formas de gestión previstas en la legislación vigente.
- b) Mediante la constitución de consorcios locales.

Por último le corresponde a las Diputaciones el fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia.

Les compete a las diputaciones provinciales regir y administrar los intereses peculiares de la provincia, creando, conservando y mejorando los servicios que tengan por objeto el fomento de ellos, y, en especial, los siguientes:

- a) Construcción y conservación de carreteras y caminos provinciales.
- b) Conservación de monumentos histórico-artísticos.
- c) Establecimiento y conservación de bibliotecas.
- d) Organización de concursos y exposiciones y de cualquier otra actividad que tenga por finalidad el fomento en materia de cultura, educación y deporte.
- e) Realización de obras en todo el territorio provincial.

De conformidad a lo previsto en el artículo 41 del Estatuto de Autonomía para Galicia la Comunidad Autónoma de Galicia podrá transferir o delegar competencias en las diputaciones provinciales y encomendarles a éstas la gestión ordinaria de sus propios servicios. En este sentido hay que recordar que la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/1987, de 27 de febrero advierte que las directrices que le puedan impartir Estado o Comunidades Autónomas a las provincias no pueden suponer una modalidad de control ni colocar a las Diputaciones Provinciales en una posición de subordinación jerárquica o cuasi jerárquica incompatible con su autonomía.

El régimen de las competencias que la Comunidad Autónoma pueda transferir o delegar en las diputaciones provinciales mediante ley del Parlamento de Galicia o decreto del Consello de la Xunta de Galicia, así como el de la encomienda de gestión de servicios propios, se acomodará a las reglas previstas en el título IV de la ley de Administración local de Galicia. S. MARTÍN-RETORTILLO entiende que la coordinación competencial que puedan llevar a cabo Estado y Comunidades autónomas no justifica un título abstracto y permanente para que intervengan en el ámbito de las competencias propias locales.

## **OTRAS ENTIDADES LOCALES.**

El artículo 40.2 del Estatuto de Autonomía para Galicia establece que por ley gallega se pueden crear agrupaciones basadas en hechos urbanísticos y otros de carácter funcional con fines específicos. Esta previsión estatutaria de nuevas figuras en el ámbito local sirve de base para que la legislación autonómica tenga reguladas las figuras que se tratan a continuación. El Tribunal Constitucional tiene manifestado (así en su sentencia 214/1989, de 21 de diciembre) que la aparición de nuevas entidades territoriales debe tener una honda repercusión sobre la delimitación del interés propio de las entidades hasta ahora existentes y, en consecuencia, sobre su ámbito competencial.

### *Las áreas metropolitanas*

Las áreas metropolitanas son entidades locales integradas por los municipios donde existan grandes aglomeraciones urbanas y cuando entre sus núcleos de población haya vinculaciones económicas y sociales que hagan precisa la planificación conjunta y la coordinación de determinados servicios y obras. LLISET BORRELL entiende que pueden ser entidades territoriales, auténticas estructuras de segundo nivel, y entidades no territoriales para fines específicos.

Por ley del Parlamento de Galicia se podrán crear, modificar o suprimir áreas metropolitanas. Le corresponde a la ley de creación determinar los órganos de gobierno y administración, el régimen económico y de funcionamiento, los servicios que debe prestar y las obras que debe realizar el área metropolitana, así como las potestades que se le atribuyan y la justa distribución de cargas entre los ayuntamientos que la integran. En ningún caso la creación de un área metropolitana puede suponer la pérdida de competencias de los municipios integrados que les hagan perder su condición de tales.

La iniciativa para la creación del área metropolitana podrá partir de los municipios interesados, y, en este caso, se requerirá acuerdo adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de cada Corporación. Adoptados los acuerdos se elevarán al *conselleiro* competente en materia de régimen local, quien examinará la regularidad del procedimiento observado.

DEROGADOS POR LA LEY 4/2012 DE 12 DE ABRIL

### De la organización y del funcionamiento del área metropolitana

La organización del área metropolitana se regirá por las siguientes reglas:

1ª) Todos los municipios integrados en el área estarán representados en sus órganos de gobierno y administración.

*2ª) El gobierno y la administración del área metropolitana le corresponderán al Consello Metropolitano. Deberá existir, además, una Comisión de Gobierno, un director general y un delegado de la Xunta de Galicia en el área metropolitana. Actuará como secretario quien lo sea del Ayuntamiento donde radique la capitalidad de la entidad local.*

3ª) Podrán complementar la organización del área metropolitana:

a) El Comité de Cooperación.

b) Los órganos de participación sectorial.

### Las competencias de las áreas metropolitanas

El objeto del área metropolitana será determinado y, como recuerda BARRERO RODRÍGUEZ, no podrá incluir todas las competencias de los municipios que la integren. Le corresponderá a la ley de creación del área metropolitana especificar sus competencias. Podrán corresponderle, entre otras, las siguientes:

a) La coordinación de la planificación urbanística municipal y la gestión urbanística en ámbitos supramunicipales.

b) La prestación de aquellos servicios públicos respecto de los cuales las áreas metropolitanas se convierten en el espacio más idóneo, así:

-La planificación hidrológica y la aducción y redes de abastecimiento de agua en alta.

-Los mercados centrales de abastecimiento y lonjas de pescado y la regulación y autorización de las grandes superficies comerciales.

- La coordinación de los transportes de viajeros y su infraestructura.
- La ordenación del tráfico de vehículos en las vías urbanas que afecten a varios municipios.
- La prevención y extinción de incendios.
- El tratamiento de la basura y el control de los vertidos, sin perjuicio de la competencia autonómica en la materia.

#### La hacienda de las áreas metropolitanas

La hacienda del área metropolitana estará constituida por los siguientes recursos:

- a) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.
- b) Las contribuciones de los municipios integrados en el área metropolitana.
- c) Las subvenciones y los auxilios concedidos por otras administraciones públicas.
- d) Los cánones por la utilización de bienes públicos o las tasas y precios públicos por la prestación de servicios.
- e) El producto de las operaciones de crédito.
- f) Las donaciones de entidades particulares.
- g) Cualquier otro que le corresponda percibir de acuerdo con las leyes.

#### Las mancomunidades de municipios

Los municipios de la Comunidad Autónoma de Galicia tendrán derecho a asociarse en mancomunidades para la ejecución o prestación, en común, de obras, servicios y actividades de su competencia. El objeto de la mancomunidad deberá ser determinado y no podrá asumir todas las competencias de los municipios asociados.

La Xunta de Galicia, a través de la Consellería competente en materia de régimen local:

- a) Prestará cuanta asistencia técnica y jurídica sea necesaria para la constitución y el

funcionamiento de una mancomunidad.

b) Consignará en el proyecto de presupuestos una partida destinada al fomento y a la ayuda de las mancomunidades municipales estimulando el régimen asociativo.

La prestación mancomunada de los servicios municipales o, si es el caso, la realización de obras del mismo modo será un criterio que se considerará favorablemente a la hora de otorgar cualquier tipo de ayuda o subvención por parte de la Xunta de Galicia.

#### Procedimiento de constitución y de disolución de las mancomunidades de municipios

La iniciativa para la constitución de una mancomunidad podrá partir de uno o de varios de los municipios interesados. Los expedientes para la constitución de mancomunidades municipales, así como para la elaboración y subsiguiente aprobación de sus estatutos, se iniciarán con los acuerdos de los ayuntamientos promotores, que serán adoptados por la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones.

Mediante tales acuerdos cada Ayuntamiento designará un representante de la Corporación que pasará a formar parte de la Comisión Gestora, que tendrá la representación del grupo de municipios hasta la definitiva constitución de los órganos de gobierno de la mancomunidad y que se encargará de la tramitación del correspondiente expediente. De entre los miembros de la Comisión Gestora se elegirá un presidente y actuará como secretario el del Ayuntamiento al que pertenezca dicho presidente.

#### La organización y el funcionamiento de las mancomunidades

Se regirán por lo establecido en sus propios estatutos, que se aprobarán de conformidad con las prescripciones de esta ley y que, en todo caso, deberán contener:

- a) Los municipios que la integran.
- b) El objeto y los fines de la mancomunidad.
- c) La denominación y el lugar donde radique la sede de la mancomunidad.
- d) Los órganos de gobierno, el número y forma de designación de los representantes de los municipios asociados y la forma de nombrar y revocar los administradores.



- e) Los recursos financieros, las contribuciones y compromisos y los derechos y deberes de los municipios asociados.
- f) El plazo de duración y los supuestos de disolución.
- g) Las normas de funcionamiento.
- h) La forma de liquidación.
- i) Las relaciones con los municipios interesados.

Los órganos de gobierno de la mancomunidad serán representativos de los ayuntamientos que la integran, debiendo existir, en todo caso, la figura del presidente y del Pleno de la mancomunidad.

En el caso de disolución de una mancomunidad, ésta mantendrá su personalidad jurídica en tanto no sea adoptado por el Pleno el acuerdo de liquidación y distribución de su patrimonio, el cual se publicará en el Diario Oficial de Galicia junto con el de disolución.

#### Organización de las mancomunidades de municipios

Los órganos de gobierno o *xuntas* de mancomunidad estarán integrados por un presidente, un vicepresidente que lo sustituya en sus ausencias y el número de vocales que señalen los estatutos.

Los estatutos de la mancomunidad podrán prever, además, la existencia de otros órganos complementarios, ya sean de carácter activo, como la Comisión de Gobierno, o consultivo, como las comisiones informativas, de especial interés cuando sean múltiples los servicios asumidos y gestionados.

En la Xunta de la mancomunidad o asamblea estarán representados, en la proporción que se establezca en los estatutos de la mancomunidad, todos los municipios que la integren, exigencia que estima obvia SANTAMARÍA PASTOR. La designación del presidente y del vicepresidente le atañerá a la Xunta de mancomunidad o asamblea, y, si nada dicen los estatutos, la elección se realizará en sesión extraordinaria y por mayoría absoluta de votos.

### Competencias de las mancomunidades de municipios

Son competencias de las mancomunidades de municipios:

- a) La administración y defensa de su patrimonio.
- b) La ejecución de obras y prestación parcial o integral de servicios de su interés.
- c) Aquellas otras que les sean delegadas o encomendadas por otras administraciones públicas. QUINTANA LOPEZ se muestra favorable a interpretar que la creación de servicios es siempre una decisión municipal, y no puede ser tomada de modo independiente por la mancomunidad.

### La hacienda de las mancomunidades de municipios

Las mancomunidades de municipios contarán con una hacienda propia integrada por:

- a) Las tasas.
- b) Los precios públicos.
- c) Las contribuciones especiales.
- d) Las contribuciones municipales.
- e) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.
- f) Las subvenciones.
- g) El producto de operaciones de crédito.
- h) El producto de multas y sanciones en el ámbito de su competencia.

Los ayuntamientos mancomunados consignarán en sus presupuestos las cantidades precisas para atender, en los sucesivos ejercicios económicos, las obligaciones derivadas de los compromisos contraídos con la mancomunidad a la que pertenezcan. Transcurrido el plazo para el ingreso de las contribuciones de los municipios que integran la mancomunidad, su presidente podrá dirigirse a la Comunidad Autónoma para la retención de los fondos del municipio deudor y su ingreso en la hacienda de la mancomunidad.

### Los consorcios locales

Las entidades locales gallegas podrán, con carácter voluntario, constituir consorcios locales entre sí o:

- a) Con otras administraciones públicas para fines de interés común.
- b) Con entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las administraciones públicas. En este caso en todos los órganos de los que se dote al consorcio se deberá garantizar la presencia mayoritaria del sector público.

Los consorcios locales son entidades locales dotadas de personalidad jurídica propia y de capacidad para el cumplimiento de sus fines específicos, que vendrán definidos en sus respectivos estatutos. Para la gestión de los servicios de su competencia, los consorcios podrán emplear cualquiera de las formas previstas en la legislación básica de régimen local y en la ley gallega de Administración local. SANTAMARÍA PASTOR se lamenta de los límites conceptuales difusos que tiene esta figura en contraste con la de la mancomunidad.

La iniciativa para la constitución de un consorcio local podrá partir de uno o de varios entes locales interesados. Los expedientes para la constitución de consorcios locales, así como para la elaboración y subsiguiente aprobación de sus estatutos, se iniciarán con los acuerdos de las entidades locales promotoras, que deberán ser adoptados por la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones.

Mediante dichos acuerdos cada entidad local designará un representante de la Corporación que pasará a formar parte de la Comisión Gestora, que tendrá la representación del grupo de entidades hasta la definitiva constitución de los órganos de gobierno del consorcio, que estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas en la proporción que se fije en los respectivos estatutos, y que se encargará de la tramitación del correspondiente expediente y de la elaboración del proyecto de estatutos.

Para la elaboración de los estatutos, la creación de consorcios locales y para la modificación de los estatutos del consorcio local, así como para su disolución se seguirán

las mismas reglas y el mismo procedimiento que se estableció para las mancomunidades de municipios en la legislación estatal básica y en la ley gallega de Administración local.

La Xunta de Galicia, a través de la Consellería competente en materia de régimen local:

- a) Prestará cuanta asistencia técnica y jurídica sea necesaria para la constitución y el funcionamiento de los consorcios locales.
- b) Podrá conceder subvenciones a fondo perdido a la constitución de consorcios locales para la prestación de los servicios municipales o, si es el caso, la realización de obras del mismo carácter.

#### Las entidades locales menores

Como señala MENÉNDEZ GARCÍA, se trata de una clase de entes que han sido poco analizados por la doctrina administrativista. La ley dice que los núcleos de población alejados geográficamente del que tenga la condición de capitalidad del municipio y con características peculiares propias podrán constituirse en entidades locales menores, para la gestión descentralizada de sus intereses peculiares, siempre que:

- a) Se acredite la posesión de recursos suficientes para tal gestión y el apropiado ejercicio de sus competencias.
- b) Su constitución no suponga una notable disminución de la capacidad económica del municipio, que impida el normal cumplimiento de sus obligaciones o mengüe la calidad de los servicios que viniera prestando.

No podrá constituirse en entidad local menor el núcleo territorial en el que radique la capitalidad del municipio.

#### Procedimiento de constitución y de disolución de las entidades locales menores

La iniciativa para la constitución de una entidad local menor les corresponde indistintamente a:

- a) Los dos tercios de los vecinos del núcleo de población que pretende su constitución en entidad local menor.

b) El Ayuntamiento, que adoptará el acuerdo con el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho de la Corporación y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de los miembros de ella.

El Ayuntamiento someterá la iniciativa a información pública por el plazo de un mes. Transcurrido el plazo de exposición al público, el Ayuntamiento le remitirá a la Consellería competente en materia de régimen local el expediente, en el que deberán constar, como mínimo:

a) Los motivos de la iniciativa y la imposibilidad de recurrir a otros mecanismos que permitan la participación para la defensa de sus intereses en una gestión descentralizada.

b) En el caso de que se hayan presentado alegaciones, certificación expedida por el secretario de la Corporación relativa al acuerdo de resolución de ellas, que deberá ser adoptado con el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

c) Informe económico-financiero sobre la viabilidad de la entidad local menor, con expresión de los ingresos, debidamente justificados, que integrarán su presupuesto y del importe previsto de gastos.

d) Informe del Ayuntamiento correspondiente.

La Consellería competente en materia de régimen local requerirá el informe de la Diputación Provincial correspondiente. El *Consello* de la Xunta de Galicia aprobará, mediante decreto y por propuesta del *conselleiro* competente en materia de régimen local, la constitución de la entidad local menor, que le será comunicada a la Administración central del Estado para los efectos de su inscripción en el Registro Estatal de Entidades Locales. El decreto se publicará en el Diario Oficial de Galicia y en el Boletín Oficial de la Provincia respectiva.

Constituída la entidad local menor, se establecerán sus límites territoriales y se hará su segregación patrimonial por acuerdo del Ayuntamiento y luego de la propuesta de la *Xunta Veciñal*. El acuerdo municipal en esta materia requerirá la ratificación del *Consello* de la Xunta de Galicia, por propuesta del *conselleiro* competente en materia de régimen

local.

Procederá la disolución de una entidad local menor cuando se aprecie la insuficiencia de sus recursos o la incapacidad para el ejercicio de sus competencias. El procedimiento para la disolución se ajustará a las siguientes reglas:

1ª) La iniciativa le corresponderá indistintamente:

a) Al Ayuntamiento, que adoptará el acuerdo con el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho de la Corporación y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de los miembros de ella.

b) A la *Xunta Veciñal*, mediante acuerdo adoptado por la mayoría de dos tercios.

c) A la Consellería competente en materia de régimen local, por apreciación de las circunstancias legalmente previstas.

2ª) En el caso de que la iniciativa proceda del Ayuntamiento o de la *Xunta Veciñal*, se someterá el expediente a información pública por plazo de un mes, transcurrido el cual le será remitido a la Consellería competente en materia de régimen local, acompañado de la certificación expedida por el secretario general de la Corporación acreditativa del acuerdo relativo a la estimación o desestimación de las reclamaciones, si éstas han sido presentadas.

En el caso de que la iniciativa proceda de la Consellería competente en materia de régimen local, se les dará audiencia previa a la entidad local menor y al Ayuntamiento interesado.

3ª) Se le requerirá informe a la Diputación Provincial correspondiente, que lo emitirá en el plazo de un mes, y se entenderá favorable si, transcurrido éste, no ha sido emitido.

4ª) La resolución definitiva, mediante decreto y por propuesta del conselleiro competente en materia de régimen local, le corresponde al Consello de la Xunta de Galicia. El decreto se publicará en el Diario Oficial de Galicia y en el Boletín Oficial de la respectiva provincia. Se le comunicará, además, a la Administración central, para los efectos de la inscripción de la entidad local menor en el Registro Estatal de Entidades Locales.

### Organización de las entidades locales menores

Las entidades locales menores contarán con un alcalde pedáneo, con una Xunta Veciñal y con los otros órganos complementarios de que puedan dotarse de acuerdo con su reglamento orgánico. La Xunta Veciñal estará formada por el alcalde pedáneo, que la presidirá, y por un número de vocales que no superará el tercio del de concejales que integren el Ayuntamiento.

El alcalde pedáneo será elegido directamente por los vecinos de la correspondiente entidad local menor, por sistema mayoritario, mediante la presentación de candidatos por los distintos partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, coincidiendo con las elecciones locales.

La designación de los vocales de la Xunta Veciñal se hará de conformidad con los resultados de las elecciones para el Ayuntamiento, en la sección o en las secciones constitutivas de la entidad local menor, según lo dispuesto en la legislación electoral general.

El presidente o alcalde pedáneo y la Xunta Veciñal tendrán las atribuciones que la legislación señale para el alcalde y el Pleno, respectivamente, circunscritas al área de sus competencias territoriales y de gestión.

La Xunta Veciñal, órgano colegiado de gobierno, tiene las siguientes atribuciones:

- a) La aprobación de los presupuestos, de las ordenanzas y de los acuerdos de establecimiento y de modificación de servicios.
- b) La administración del patrimonio y la adquisición, enajenación y cesión de bienes.
- c) El control y la fiscalización de las actuaciones del alcalde-presidente y de la gestión económica.
- d) En general, cuantas le asigne la ley o el Pleno del Ayuntamiento con respecto a su administración en el ámbito de la entidad.

El régimen de funcionamiento se ajustará a lo que disponga su propio reglamento

orgánico, si lo hubiera, o a las disposiciones generales que rigen para los ayuntamientos.

El alcalde pedáneo designará, de entre los vocales de la Xunta Veciñal, quien deba sustituirlo en los casos de vacante por ausencia o enfermedad.

En la entidad de nueva creación y mientras no se realicen elecciones locales, el gobierno y la administración se le encomendarán a una Comisión Gestora, integrada por tres miembros, que serán nombrados por la Diputación Provincial respectiva de conformidad con el resultado de las elecciones en la sección o en las secciones correspondientes, por propuesta de los partidos políticos con representación en el Ayuntamiento. Después de los diez días naturales de su designación, deberá constituirse la Comisión Gestora y elegir de entre sus miembros el presidente, fijándose la hora de la constitución en la orden de nombramiento. En el caso de empate, será presidente el vocal de la lista más votada en la sección correspondiente.

Un miembro de la Xunta Veciñal tendrá derecho a asistir, con voz pero sin voto en el punto de la orden del día correspondiente, a las comisiones informativas existentes en el Ayuntamiento, siempre que en ellas vaya a dictaminarse algún asunto que afecte a entidad local menor.

Para el ejercicio de este derecho, deberá ser citado a la Comisión de referencia, como un miembro más de ella.

#### Competencias de las entidades locales menores

Son:

- a) La administración y la defensa de su patrimonio.
- b) La ejecución de obras y la prestación de servicios de su interés, siempre y cuando sean realizados con fondos propios y no estén a cargo del respectivo Ayuntamiento o de otra entidad supramunicipal.
- c) La vigilancia, el mantenimiento y la limpieza de las vías urbanas, caminos rurales, montes, fuentes y lavaderos.



d) Aquellas otras que le delegue el municipio, luego de la aceptación por la entidad, y con la asignación de los recursos que sean necesarios para su ejercicio. Esta posibilidad es interpretada por GALLEGO BURÍN como un canal posible para subsanar las dificultades que la acción de los Ayuntamientos pueda encontrar para el ejercicio de ciertas actividades municipales.

La Comunidad Autónoma, las diputaciones provinciales y los ayuntamientos podrán prestar la asistencia técnica, jurídica y económica precisa para que las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipal puedan hacer efectivas sus competencias con la mayor economía y evitando la duplicidad de servicios.

#### La hacienda de las entidades locales menores

Estará constituida por los siguientes recursos:

- a) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.
- b) Las tasas y precios públicos.
- c) Las contribuciones especiales.
- d) Los ingresos procedentes de operaciones de crédito.
- e) El producto de multas y sanciones en el ámbito de su competencia.
- f) La participación en los impuestos del Ayuntamiento a que se refiere la legislación sobre haciendas locales en la cuantía que se establezca en el decreto de creación. Esta participación no será en ningún caso inferior al veinticinco por ciento de los que se perciban en el ámbito territorial de la entidad.
- g) Las donaciones, las herencias, los legados y las cesiones aceptadas por la entidad.
- h) Los procedentes de contribuciones de otras entidades públicas supramunicipales, con carácter finalista por la participación en proyectos de actuación e inversiones generales.
- i) Cualquier otro ingreso de derecho público que la ley pudiera atribuirles.

A pesar de lo establecido en el apartado anterior, estas entidades deberán contribuir al

pago de las cargas generales del Ayuntamiento, en la proporción que se establezca en el decreto de creación de ellas.

### Las agrupaciones de municipios

#### Las agrupaciones voluntarias

Los municipios que por insuficiencia de recursos económicos no puedan sostener las plazas reservadas a funcionarios con habilitación de carácter nacional podrán agruparse entre sí para el único efecto del sostenimiento en común de dicho personal. Las entidades locales podrán agruparse, asimismo, con el objeto de sostener en común una sola plaza de funcionario técnico de administración especial o de personal auxiliar de administración general, cuando su capacidad económica no les permita sostenerla por sí solas.

La Consellería competente en materia de régimen local prestará especial asesoramiento y apoyo a la creación y al funcionamiento de este tipo de agrupaciones de municipios, pudiendo serles concedidas subvenciones hasta un máximo del cincuenta por ciento de los costes del personal por el tiempo que se establezca y para el sostenimiento del cual se constituyeran. Las plazas no se designarán en tanto no estén agrupadas.

El funcionamiento de estas agrupaciones se regulará por unos estatutos que, para el efecto, serán redactados por una comisión integrada por representantes de los municipios afectados, designados por los plenos de éstos. En dichos estatutos se fijará, necesariamente, la participación económica de cada Ayuntamiento, así como el régimen de dedicación del personal a cada uno de ellos.

El procedimiento de constitución y de disolución de estas agrupaciones municipales se ajustará a las siguientes reglas:

- a) Iniciación por acuerdo de las corporaciones locales interesadas adoptado por mayoría simple.
- b) Sometimiento del expediente a información pública durante el plazo de un mes.
- c) Informe de la Delegación del Gobierno de la Comunidad Autónoma gallega y de la Diputación o de las diputaciones provinciales respectivas. Tales informes deberán ser

emitidos en el plazo de un mes a partir de su solicitud, y se entenderán favorables en el caso de no recibirse en el referido plazo.

d) Aprobación definitiva por acuerdo de los ayuntamientos, que será adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación.

e) Remisión del expediente a la Consellería competente en materia de régimen local.

Formarán parte de este expediente, entre otros:

1º) Las certificaciones expedidas por los secretarios de cada Ayuntamiento relativas a los acuerdos a los que se refiere.

2º) Los informes antes citados.

3º) El proyecto de estatutos.

4º) Las certificaciones expedidas por los secretarios de cada Ayuntamiento relativas a la población y a los presupuestos municipales ordinarios y, si es el caso, a la clasificación de la plaza.

Vistos los acuerdos, los informes y las certificaciones, la Consellería competente en materia de régimen local le elevará propuesta de resolución al Consello de la Xunta de Galicia, el cual resolverá.

f) Publicación del decreto por el que se constituye la agrupación voluntaria de municipios en el Diario Oficial de Galicia y en el boletín o en los boletines oficiales de las respectivas provincias.

g) La constitución de la agrupación le será comunicada, por la Consellería competente en materia de régimen local, a la Administración central del Estado.

#### Las agrupaciones forzosas

El Consello de la Xunta de Galicia deberá acordar la agrupación de aquellos municipios en los que la población y los recursos ordinarios no superen las cifras que determine la Administración central del Estado, con el objeto de sostener en común un puesto único de

secretario. Asimismo, deberá acordar la agrupación de municipios en los que las secretarías estén catalogadas como de segunda o de tercera clase, con el fin de sostener en común un puesto único de interventor.

La constitución de las agrupaciones de municipios se ajustará al procedimiento siguiente:

- a) Iniciación del expediente de oficio por la Xunta de Galicia, dándosele audiencia a las corporaciones locales afectadas por el plazo de un mes.
- b) Sometimiento del expediente a la información pública durante el plazo de un mes.
- c) Resolución del expediente por el Consello de la Xunta de Galicia, por propuesta del conselleiro competente en materia de régimen local.
- d) Publicación en el Diario Oficial de Galicia y en el boletín o en los boletines oficiales de las respectivas provincias del decreto de constitución de la agrupación de municipios y remisión de éste a la Administración central del Estado.

En el acuerdo por el que se apruebe la constitución de la agrupación forzosa de municipios para el sostenimiento en común de plazas de funcionarios con habilitación de carácter nacional se determinarán los municipios que deban agruparse y las normas mínimas por las que deberá regirse la agrupación, que podrán ser desarrolladas por acuerdo conjunto de los municipios afectados. La Xunta de Galicia, atendiendo cada caso concreto, podrá fijar una contribución para la atención de esta obligación. SOSA WAGNER citaba además como caso de agrupación forzosa la prevista en la ley de aguas en relación con la Comunidad de usuarios que puede imponer el Organismo de Cuenca.

## **LA COMARCA Y A LA PARROQUIA**

El Estatuto de Autonomía para Galicia (contenido en la Ley Orgánica 1/1981 de 6 de abril) en su artículo 40.1 contempla la posibilidad de que una ley autonómica reconozca la comarca como entidad local con personalidad jurídica y demarcación de propia, añadiendo que la comarca no supondrá, necesariamente la supresión de los municipios que la integren. Esta previsión estatutaria ha sido tomada en cuenta por la Ley 7/1996, de 10 de julio, de desarrollo comarcal, modificada por la ley 12/2003 de 3 de diciembre, que en su

exposición de motivos de la cuenta de que la actividad desarrollada por la Xunta de Galicia en el ámbito de la planificación comarcal durante los últimos años se plasmó en el diseño y en la aplicación de un modelo experimental de desarrollo local, denominado Plan de desarrollo comarcal, que tuvo su origen en el acuerdo del Consello de la Xunta de 19 de diciembre de 1990, en el que se regulaban de un modo inicial los instrumentos y procedimientos necesarios para articular dicho modelo y se designaban cuatro comarcas piloto.

La aplicación del plan a estas primeras comarcas piloto permitió avanzar de forma gradual en el diseño del modelo. Así, a esta fase inicial se le fueron sumando otras, en las que se incrementaron las comarcas piloto hasta veinte y en las que diversas innovaciones fueron introducidas, como el diseño de nuevos mecanismos y procedimientos, los sistemas de participación ciudadana y social o la creación de las fundaciones para el desarrollo de las comarcas.

Llegados a este punto, y una vez que el plan está consolidado, tanto en su estructura como en su inserción social, la ley considera precisa una ley que regule definitivamente lo que hasta ahora era un modelo experimental de planificación e intervención en el territorio.

Con la finalidad de promover el desarrollo comarcal, la ley tiene por objeto establecer el marco normativo de aquél, que se realizará a través de una actuación territorial basada en la dinamización de los recursos endógenos y de las iniciativas locales, mediante la implantación gradual y participativa de planes de desarrollo comarcal que permitan la integración de la planificación socioeconómica y la ordenación del territorio, así como la coordinación de las distintas administraciones y de las inversiones públicas en los ámbitos comarcales que se configuren y que serían el instrumento para ir dotando de capacidad de actuación a las comarcas.

Una vez que el Plan de desarrollo comarcal, que tuvo su origen en el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 19 de diciembre de 1990, estuvo consolidado, tanto en su estructura como en su inserción social, la Ley de desarrollo comarcal reguló lo que era un modelo experimental de planificación e intervención en el territorio. Posteriormente la ley

de Administración local de Galicia, siguiendo las disposiciones contenidas en aquélla, elude la configuración de las comarcas como entidades locales de carácter territorial, de modo que éstas carecerán, por el momento, en Galicia, de personalidad jurídica diferenciada, dado que a juicio del legislador el coste económico y la duplicidade de funciones que esto supondría, así como la experiencia de otras comunidades autónomas, recomiendan retrasar la creación de nuevas administraciones públicas en nuestro país.

Por su parte, la Ley de Bases del Régimen Local establece en su art. 42 que "las CC.AA. de acuerdo con lo dispuesto en sus respectivos estatutos, podrán crear en su territorio comarcas u otras entidades que agrupen varios municipios, cuyas características determinen intereses comunes precisados de una gestión propia o demanden la prestación de servicios de dicho ámbito". BALLESTER tiene puesto de manifiesto la importancia que tradicionalmente tuvieron estas entidades en Cataluña, pero la realidad gallega no es ajena a esta figura.

De este modo el artículo 111 de la ley de Administración local de Galicia refiere las comarcas cuando establece que las diputaciones provinciales participarán activamente en la elaboración y gestión de los planes de desarrollo comarcal, colaborando en el cumplimiento de sus objetivos a través de las unidades técnicas comarcales y que los planes de desarrollo comarcal tendrán el carácter de marco de referencia para la elaboración de los planes de cooperación de obras y servicios.

En lo tocante a la parroquia rural el Estatuto de Autonomía para Galicia sí prevé en su artículo 40.3º la posibilidad de que mediante ley del Parlamento de Galicia se pueda reconocer personalidad jurídica a la parroquia rural.

FARIÑA JAMARDO señala que, dentro de su lógica diversidad, la parroquia rural gallega presenta indudables rasgos comúns. Aparte de sus connotaciones religiosas y eclesiásticas, constituye una agrupación social característica, con vivencias históricas comunes, asentada dentro de límites territoriales definidos y permanentes.

En 1836 se crearon los municipios gallegos mediante la agrupación de parroquias, pero éstas no han sido reconocidas como entidades locales ni entonces ni después, a pesar de las continuas peticiones y declaraciones a favor de ese reconocimiento.

La ley 11/1983, de 29 de diciembre, de actuación intensiva en las parroquias rurales supuso un primer hito legislativo en relación con estas entidades, si bien se limitó a disponer una serie de intervenciones en infraestructuras en las parroquias dejando los aspectos administrativos para la legislación que con posterioridad pudiera aprobarse.

La Ley 10/1985, de 14 de agosto, de concentración parcelaria para Galicia (modificada por la ley 12/2001 de 10 septiembre, de modificación de la ley de concentración parcelaria, y modificada parcialmente por la ley 7/2007 de 21 de mayo, por la ley 15/2010 de 28 de diciembre de medidas fiscales y administrativas, y, finalmente, por la ley 6/2011 de 13 de octubre de movilidad de tierras) toma como referencia a la parroquia en numerosos aspectos. Como por ejemplo, estableciendo que formarán parte de la Xunta local de Zona los vocales parroquiales de las Cámaras Agrarias, o que las publicaciones y comunicaciones relativas a la concentración se harán en los locales de las parroquias y en los lugares de costumbre.

La Ley 9/2002 de 30 diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Ambiente que vino a derogar a la anterior ley 1/1997 de 24 marzo del suelo de Galicia, consideró a la parroquia como elemento determinante del asentamiento poblacional en el que deben apoyarse los distintos instrumentos del planeamiento. Esta ley del suelo del año 2002 fue modificada por varias leyes, entre otras, por la ley 15/2004 de 29 de diciembre, de modificación de la Lei 9/2002 de 30 diciembre; por la ley 6/2007 de 11 de mayo de medidas urgentes en materia de ordenación del territorio y del litoral; por la ley 6/2008 de 19 junio de medidas urgentes en materia de vivienda y suelo, por la que se modifica la Ley 9/2002 de 30 de diciembre; por la ley 2/2010 de 25 de marzo de medidas urgentes de modificación de la ley 9/2002 de 30 de diciembre; por la ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia; y, finalmente, por la ley 9/2013 de 19 de diciembre del emprendimiento y competitividad económica.

Por su parte, la ley de Administración local de Galicia de 1997 dice en su exposición de motivos que dota "la parroquia rural, de larga tradición en el campo gallego, verdadera trama celular de la vida local de nuestro pueblo y su auténtica señal de identidad, de la condición de ente local de carácter territorial, dejando la regulación de su organización, funcionamiento y competencias a una ley posterior del Parlamento de Galicia". En

coherencia con lo proclamado en su artículo 1.2º establece que “En los términos que determinará una ley del Parlamento de Galicia, las parroquias rurales gallegas tendrán la consideración de entidades locales territoriales y gozarán de autonomía para la gestión de sus intereses patrimoniales”.

En el texto de la ley galega es destacable el artículo 38.2. cuando se dice que las resoluciones definitivas de los expedientes de alteración de términos municipales deberán contener, si es el caso, entre otras la “Población y parroquias de los términos municipales afectados”. La Disposición última Primera de la norma contiene un mandato al legislador futuro con el siguiente contenido: “La organización, el funcionamiento y las competencias de la parroquia rural serán regulados, en su día, por una ley del Parlamento de Galicia”.

**XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ.**

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDADE DE VIGO.

REVISADO Y ACTUALIZADO POR **LORENA PEITEADO PEREZ**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

### **TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OTRAS, DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA**

“El nuevo régimen de organización municipal tras la reforma de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre”. María Jesús García García. *Actualidad administrativa*, ISSN 1130-9946, n.º 14, 2005, págs. 1676-1690

“El libro blanco sobre la reforma de la autonomía local en España”. Hellmuth Wollmann, Gérard Marco, Alberto Lucarelli. *Cuadernos de derecho local*, ISSN 1696-0955, n.º 8, 2005, págs. 7-32

“Refuerzo competencial”. Luis Angel Ballesteros Moffa. *Revista jurídica de Castilla y León*, ISSN 1696-6759, n.º extra 1, 2006 (Ejemplar dedicado a “Pacto Local”), págs. 57-96



*Elecciones Municipales y Gobierno Local.* Miguel Angel Presno Linera. Editorial Aranzadi. ISBN 8497674405.

El futuro del régimen local en España. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz. El derecho público a comienzos del siglo XXI : estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías / coord. por Alfredo Arismendi A., Jesús Caballero Ortiz, Vol. 1, 2003 (Teoría general del derecho. Derecho constitucional), ISBN 84-470-2091-6, págs. 773-788.

Derecho constitucional y entidades locales. Sistema de fuentes y autonomía como fundamentos constitucionales básicos del derecho local. Javier García Fernández. Parlamento y Constitución. Anuario, ISSN 1139-0026, Nº 6, 2002, págs. 205-240.

La posición de la Carta Europea de la Autonomía Local en el sistema de fuentes del Derecho español: una reflexión crítica. Germán José Fernández Farreres. La autonomía de los entes locales en positivo: la carta europea de la autonomía local como fundamento de la suficiencia financiera / coord. por Francisco M. Caamaño Domínguez, 2003, ISBN 84-607-8650-1, págs. 39-52.

Las mancomunidades en nuestro Derecho Local: Evolución histórica. Tomás Alberto Quintana López. Revista de estudios de la administración local y autonómica, ISSN 0213-4675, Nº 248, 1990, págs. 713-732.

## **TEMA 10**

# **FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES LOCALES. POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS ORGANIZACIONES LOCALES. RÉGIMEN JURÍDICO E IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS**

## **TEMA 10. FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES LOCALES. POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS ORGANIZACIONES LOCALES. RÉGIMEN JURÍDICO E IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS**

### **FUNCIONAMIENTO DE LAS ENTIDADES LOCALES**

La Ley de Administración local de Galicia, de 22 de julio de 1997 (reformada mediante la Ley 8/1999, de 30 de diciembre; la Ley 18/2008, de 29 de diciembre; la Ley 1/2010, de 11 de febrero, y la Ley 4/2012, de 12 de abril, del Área Metropolitana de Vigo), es la norma autonómica de referencia en esta materia.

Se preocupa en su artículo 210 de establecer que los órganos de gobierno colegiados de las entidades locales funcionarán en régimen de sesiones ordinarias, de periodicidad preestablecida, y extraordinarias, que pueden ser, además, urgentes.

En todo caso, el funcionamiento del Pleno de las corporaciones locales se ajustará a las siguientes reglas:

a) El Pleno realizará sesión ordinaria, como mínimo, cada dos meses y extraordinaria cuando así lo decida el presidente o lo solicite la cuarta parte, al menos, del número legal de los miembros de la Corporación. En este último caso, el presidente se verá obligado a convocarla dentro de los cuatro días siguientes al de su solicitud, y su realización no podrá demorarse por más de un mes desde que fuese solicitada.

b) Las sesiones plenarias serán convocadas, al menos, con dos días hábiles de antelación, excepto las extraordinarias con carácter urgente, en las que la convocatoria deberá ser ratificada por el Pleno. La documentación íntegra de los asuntos incluidos en el orden del día, que servirá como base para el debate y, en su caso, la votación, estará a disposición de los concejales o diputados, desde el mismo día de la convocatoria, en la Secretaría de la Corporación.

c) El Pleno se constituye válidamente con la asistencia de un tercio del número legal de sus miembros, que nunca podrá ser inferior a tres. Este *quorum* deberá mantenerse durante toda la sesión. En todo caso, se requiere la asistencia del presidente y del

secretario de la Corporación o de los que legalmente los sustituyan.

d) La adopción de acuerdos se produce mediante votación ordinaria, a no ser que el propio Pleno acuerde, para un caso en concreto, la votación nominal. El voto puede emitirse en sentido afirmativo o negativo, pudiendo los miembros de las corporaciones abstenerse de votar.

La ausencia de uno o de varios concejales o diputados, una vez comenzada la deliberación de un asunto, equivale, a efectos de la votación correspondiente, a la abstención. En caso de votaciones con resultado de empate, se efectuará una nueva votación, y, si persistiese el empate, decidirá el voto de calidad del presidente.

La Comisión de Gobierno (Junta de Gobierno), para ejercer sus competencias resolutorias, tendrá sesiones ordinarias con la periodicidad determinada por el Pleno de la Corporación y sesiones extraordinarias cuando el presidente lo decida. Para el ejercicio de sus funciones de asistencia, se reunirá cuando el presidente de la Corporación lo determine. SANTAMARÍA PASTOR entiende que el tratamiento legislativo del funcionamiento de este órgano refuerza la idea de que estamos ante un mero órgano auxiliar, de apoyo al alcalde, pues, a su juicio, depende de su voluntad por completo.

La periodicidad de las sesiones ordinarias de las comisiones de estudio, informe o consulta y de los órganos de participación será determinada por el Pleno. En todo caso, será preceptiva la reunión de las comisiones con anterioridad al pronunciamiento del Pleno en asuntos de su materia, excepto cuando tengan que adoptarse acuerdos declarados urgentes. Podrán, sin embargo, realizar sesiones extraordinarias cuando su presidente lo decida o cuando lo solicite, al menos, la cuarta parte del número legal de miembros.

La Comisión Especial de Cuentas tendrá que reunirse antes del día 1 de junio de cada año para emitir el informe preceptivo sobre las cuentas anuales de la entidad local. Las cuentas y la documentación complementaria estarán a disposición de los miembros de la Comisión para examen y consulta como mínimo quince días antes de la reunión.

Serán nulos los acuerdos adoptados en sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en su convocatoria, así como los que se adopten en las sesiones ordinarias

sobre materias no incluídas en el respectivo orden del día, excepto especial y previa declaración de urgencia hecha por el órgano correspondiente, con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. En este sentido, matiza BALLESTEROS FERNÁNDEZ las previsiones normativas recordando el criterio flexible de cierta jurisprudencia en orden a las irregularidades de las convocatorias. Así, la Sentencia de 8 de mayo de 1986, para la cual la falta de convocatoria a un concejal es solo motivo de anulabilidad y, por tanto, subsanable por la asistencia a la sesión del interesado.

Las sesiones de los órganos de las corporaciones locales tendrán lugar en sus sedes, excepto en los casos en que, por fuerza mayor, el presidente crea conveniente realizarlas en otro lugar del ámbito territorial de la Corporación.

Los acuerdos de las corporaciones locales se adoptarán, como regla general, por mayoría simple de los miembros presentes. Existe mayoría simple cuando los votos afirmativos son más que los votos negativos. Se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos en las siguientes materias:

- a) Creación y supresión de municipios y alteración de términos municipales.
- b) Creación, modificación y supresión de las entidades a que hace referencia el artículo 45 de la Ley reguladora de las bases del régimen local y el título III de la Ley de Administración local de Galicia.
- c) Aprobación de la delimitación del término municipal.
- d) Alteración del nombre y de la capitalidad del municipio.

Será necesario el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación para adoptar acuerdos en las siguientes materias:

- a) Aprobación y modificación del reglamento orgánico propio de la Corporación.
- b) Creación, modificación y disolución de mancomunidades u otras organizaciones asociativas, así como aprobación y modificación de sus estatutos.

- c) Transferencia y delegación de funciones o actividades a otras administraciones públicas.
- d) Cesión, por cualquier título, del aprovechamiento de bienes comunales.
- e) Concesión de bienes o servicios por más de cinco años, siempre que su cuantía exceda el diez por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto.
- f) El ejercicio de actividades económicas y la prestación de servicios esenciales en régimen de monopolio, así como la determinación de la forma concreta de gestión del servicio o de la actividad.
- g) Aprobación de operaciones financieras o de crédito o concesión de quitas y esperas, cuando su importe exceda el cinco por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto.
- h) Imposición y ordenación de los recursos propios de carácter tributario.
- i) La aprobación que ponga fin a la tramitación municipal de los planes e instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística.
- j) Separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y ratificación del despido disciplinario.
- k) Enajenación de bienes, cuando su cuantía exceda el diez por ciento de los recursos ordinarios de su presupuesto.
- l) Alteración de la cualificación jurídica de los bienes demaniales o comunales.
- m) Cesión gratuita de bienes a otras administraciones o instituciones públicas.
- n) Las restantes materias determinadas por la ley.

Este régimen jurídico autonómico no es completo, siendo preciso acudir a las previsiones del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales.

Las sesiones del Pleno pueden ser de tres tipos:

- a. Ordinarias.
- b. Extraordinarias.
- c. Extraordinarias de carácter urgente.

Son sesiones ordinarias aquellas cuya periodicidad está preestablecida. Dicha periodicidad se fijará por acuerdo del propio Pleno adoptado en sesión extraordinaria, que habrá de convocar el alcalde o presidente dentro de los treinta días siguientes al de la sesión constitutiva de la Corporación y no podrá exceder el límite trimestral a que se refiere la ley 7/1985.

Son sesiones extraordinarias aquellas que convoque el alcalde o presidente con tal carácter, por iniciativa propia o a solicitud de la cuarta parte, al menos, del número legal de miembros de la Corporación. Tal solicitud habrá de hacerse por escrito en que se razone el asunto o asuntos que la motiven, firmado personalmente por todos aquellos que la suscriben.

La relación de asuntos incluidos en el escrito no enerva la facultad del alcalde o presidente para determinar los puntos del orden del día, si bien la exclusión de este de alguno de los asuntos propuestos deberá ser motivada.

La convocatoria de la sesión extraordinaria a instancia de miembros de la Corporación deberá efectuarse dentro de los cuatro días siguientes a la petición y no podrá demorarse su celebración por más de dos meses desde que el escrito tuviese entrada en el registro general.

Contra la denegación expresa o presunta de la solicitud a que se refiere el párrafo anterior, los interesados podrán interponer los correspondientes recursos, sin perjuicio de que la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma respectiva pueda hacer uso de las facultades a que se refiere el artículo 65 de la LBRL.

Son sesiones extraordinarias urgentes las convocadas por el alcalde o presidente cuando la urgencia del asunto o asuntos a tratar no permita convocar la sesión extraordinaria con la antelación mínima de dos días hábiles exigida por la Ley de bases del régimen local. En

este caso, debe incluirse como primer punto del orden del día el pronunciamiento del Pleno sobre la urgencia. Si esta no resulta apreciada por el Pleno, acto seguido, se levantará la sesión.

### La convocatoria

Corresponde al alcalde o presidente convocar todas las sesiones del Pleno. La convocatoria de las sesiones extraordinarias habrá de ser motivada. A la convocatoria de las sesiones se acompañará el orden del día comprensivo de los asuntos a tratar con el suficiente detalle, y los borradores de actas de sesiones anteriores que deban ser aprobados en la sesión.

La convocatoria, orden del día y borradores de actas deberán ser notificados a los concejales o diputados en su domicilio. Entre la convocatoria y la celebración de la sesión no podrán transcurrir menos de dos días hábiles, salvo en el caso de las sesiones extraordinarias urgentes.

La convocatoria para una sesión, ordinaria o extraordinaria, dará lugar a la apertura del correspondiente expediente, en el que deberá constar:

- a. La relación de expedientes concluidos que la Secretaría prepare y ponga a disposición de la Alcaldía o Presidencia.
- b. La fijación del orden del día por el alcalde o presidente.
- c. Las copias de las notificaciones cursadas a los miembros de la Corporación.
- d. Copia del anuncio en el tablón de edictos del Ayuntamiento o Diputación y, en su caso, prensa local.
- e. Minuta del acta.
- f. Copias de los oficios de remisión de los acuerdos adoptados a las administraciones del Estado y Comunidad Autónoma.
- g. Publicación de los acuerdos en el tablón de edictos.

Siendo preceptiva la notificación a los miembros de las corporaciones locales de los



correspondientes órdenes del día, en la Secretaría general deberá quedar debidamente acreditado el cumplimiento de este requisito.

#### El orden del día de las sesiones

Lo fijará el alcalde o presidente asistido de la Secretaría. Asimismo, podrá solicitar la asistencia de los miembros de la Comisión de Gobierno y, donde esta no exista, de los tenientes de alcalde, y consultar, si lo estima oportuno, a los portavoces de los grupos existentes en la Corporación.

En el orden del día solo pueden incluirse los asuntos que hayan sido previamente dictaminados, informados o sometidos a consulta de la comisión informativa que corresponda. El alcalde o presidente, por razones de urgencia debidamente motivada, podrá incluir en el orden del día, a iniciativa propia o a propuesta de alguno de los portavoces, asuntos que no hayan sido previamente informados por la respectiva comisión informativa, pero en este supuesto no podrá adoptarse acuerdo alguno sobre estos asuntos sin que el Pleno ratifique su inclusión en el orden del día.

En el orden del día de las sesiones ordinarias se incluirá siempre el punto de ruegos y preguntas.

Serán nulos los acuerdos adoptados en sesiones extraordinarias sobre asuntos no comprendidos en su convocatoria, así como los que se adopten en sesiones ordinarias sobre materias no incluidas en el respectivo orden del día, salvo especial y previa declaración de urgencia hecha por el órgano correspondiente, con el voto favorable de la mayoría prevista en el artículo 47.3 de la Ley 7/1985.

Toda la documentación de los asuntos incluidos en el orden del día que debe servir de base al debate y, en su caso, votación deberá estar a disposición de los miembros de la Corporación desde el mismo día de la convocatoria en la Secretaría de esta. Cualquier miembro de la Corporación podrá, en consecuencia, examinarla e incluso obtener copias de documentos concretos que la integren, pero los originales no podrán salir del lugar en que estén puestos de manifiesto.

### Lugar de las sesiones

El Pleno celebrará sus sesiones en la casa consistorial, palacio provincial o sede de la Corporación de que se trate, salvo en los supuestos de fuerza mayor, en que, a través de la convocatoria o de una resolución del alcalde o presidente dictada previamente y notificada a todos los miembros de la Corporación, podrá habilitarse otro edificio o local a tal efecto. En todo caso, se hará constar en acta esta circunstancia. En lugar preferente del salón de sesiones estará colocada la efigie de S. M. El Rey.

### Lengua de los procedimientos

Las convocatorias de las sesiones, los órdenes del día, mociones, votos particulares, propuestas de acuerdo y dictámenes de las comisiones informativas se redactarán en lengua castellana o en la lengua cooficial en la Comunidad Autónoma a que pertenezca la entidad, conforme a la legislación aplicable y a los acuerdos adoptados al respecto por la correspondiente Corporación. Se redactarán, además, en la lengua cooficial en la Comunidad Autónoma a que pertenezca la Corporación, cuando así lo exija la legislación de la Comunidad Autónoma o lo acuerde la Corporación.

En los debates podrán utilizarse, indistintamente, la lengua castellana o la cooficial de la Comunidad Autónoma respectiva.

Toda sesión, sea ordinaria o extraordinaria, habrá de respetar el principio de unidad de acto, y se procurará que termine en el mismo día de su comienzo. Si esta hubiese terminado sin que se hubiesen debatido y resuelto todos los asuntos incluidos en el orden del día, el presidente podrá levantar la sesión. En este caso, los asuntos no debatidos habrán de incluirse en el orden del día de la siguiente sesión.

Durante el transcurso de la sesión, el presidente podrá acordar interrupciones a su prudente arbitrio, para permitir las deliberaciones de los grupos por separado sobre la cuestión debatida, o para descanso en los debates.

### Publicidad

Serán públicas las sesiones del Pleno. No obstante, podrá ser secreto el debate y la

votación de aquellos asuntos que puedan afectar al derecho fundamental de los ciudadanos a que se refiere el artículo 18.1 de la Constitución española, cuando así se acuerde por mayoría absoluta. Para ampliar la difusión auditiva o visual del desarrollo de las sesiones, podrán instalarse sistemas megafónicos o circuitos cerrados de televisión.

El público asistente a las sesiones no podrá intervenir en estas, ni tampoco podrán permitirse manifestaciones de agrado o desagrado, pudiendo el presidente proceder, en casos extremos, a la expulsión del asistente que por cualquier causa impida el normal desarrollo de la sesión. Sin perjuicio de ello, una vez levantada la sesión, la Corporación puede establecer un turno de consultas por el público asistente sobre temas concretos de interés municipal.

Los miembros de la Corporación tomarán asiento en el salón de sesiones unidos a su grupo. El orden de colocación de los grupos será determinado por el presidente, oídos los portavoces, teniendo preferencia el grupo formado por los miembros de la lista que obtuviese mayor número de votos. En cualquier caso, la colocación de los miembros corporativos tenderá a facilitar la emisión y el recuento de los votos.

### Quorum

Para la válida constitución del Pleno, se requiere la asistencia de un tercio del número legal de miembros de la Corporación, que nunca podrá ser inferior a tres. Este *quorum* deberá mantenerse durante toda la sesión. En todo caso, se requiere la asistencia del presidente y del secretario de la Corporación o de aquellos que legalmente los sustituyan.

Si en primera convocatoria no existiese el *quorum* necesario según lo dispuesto en el número anterior, se entenderá convocada la sesión automáticamente, a la misma hora, dos días después. Si tampoco entonces se alcanzase el *quorum* necesario, la Presidencia dejará sin efecto la convocatoria, posponiendo el estudio de los asuntos incluidos en el orden del día para la primera sesión que se celebre con posterioridad, sea ordinaria o extraordinaria.

### Los debates

Las sesiones comenzarán preguntando el presidente si algún miembro de la Corporación tiene que plantear alguna observación al acta de la sesión anterior que se hubiese distribuido con la convocatoria. Si no hubiese observaciones, se considerará aprobada. Si las hubiese, se debatirán y decidirán las rectificaciones que procedan.

En ningún caso se podrá modificar el fondo de los acuerdos adoptados y solo cabrá subsanar los meros errores materiales o de hecho. Al reseñar, en cada acta, la lectura y aprobación de la anterior, se consignarán las observaciones y rectificaciones practicadas.

Todos los asuntos se debatirán y votarán por el orden en que estuviesen relacionados en el orden del día. No obstante lo dispuesto, el alcalde o presidente puede alterar el orden de los temas, o retirar un asunto cuando su aprobación exigiese una mayoría especial y esta no pudiese obtenerse en el momento previsto inicialmente en el orden del día.

En las sesiones ordinarias, concluido el examen de los asuntos incluidos en el orden del día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, el presidente preguntará si algún grupo político desea someter a la consideración del Pleno, por razones de urgencia, algún asunto no comprendido en el orden del día que acompañaba a la convocatoria y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas.

Si así fuese, el portavoz del grupo proponente justificará la urgencia de la moción y el Pleno votará, acto seguido, sobre la procedencia de su debate. Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación, en ningún caso, a las mociones de censura.

Cualquier concejal podrá pedir, durante el debate, la retirada de algún expediente incluido en el orden de día, a efectos de que se incorporen a este documentos o informes, y también de que el expediente quede sobre la mesa, aplazándose su discusión para la siguiente sesión. En ambos casos, la petición será votada, tras terminar el debate y antes de proceder a la votación sobre el fondo del asunto. Si la mayoría simple votase a favor de la petición, no habrá lugar a votar la propuesta de acuerdo.

En el supuesto de que se trate de asuntos no incluidos en el orden del día que requieran

informe preceptivo de la Secretaría o de la intervención, si no pudiesen emitirlo en el acto, deberán solicitar del presidente que se aplaze su estudio, quedando sobre la mesa hasta la próxima sesión. Cuando esa petición no fuese atendida, el secretario lo hará constar expresamente en el acta.

La consideración de cada punto incluido en el orden del día comenzará con la lectura, íntegra o en extracto, por el secretario, del dictamen planteado por la comisión informativa correspondiente o, si se trata de un asunto urgente, no dictaminado por esta, de la proposición que se somete al Pleno. A solicitud de cualquier grupo, deberá darse lectura íntegra a aquellas partes del expediente o del informe o dictamen de la comisión que se considere conveniente para mejor comprensión.

Si nadie solicitase la palabra tras la lectura, el asunto se someterá directamente a votación.

Si se promueve debate, las intervenciones serán ordenadas por el alcalde o presidente conforme a las siguientes reglas:

- a. Solo podrá hacerse uso de la palabra previa autorización del alcalde o presidente.
- b. El debate se iniciará con una exposición y justificación de la propuesta, a cargo de algún miembro de la Comisión informativa que la hubiese dictaminado o, en los demás casos, de alguno de los miembros de la Corporación que suscriban la proposición o moción, en nombre propio o del colectivo u órgano municipal proponente de esta.
- c. A continuación, los diversos grupos consumirán un primer turno. El alcalde o presidente velará por que todas las intervenciones tengan una duración igual.
- d. Quien se considere aludido por una intervención podrá solicitar del alcalde o presidente que se conceda un turno por alusiones, que será breve y conciso.
- e. Si lo solicitase algún grupo, se procederá a un segundo turno. Consumido este, el alcalde o presidente puede dar por terminada la discusión, que se cerrará con una intervención del ponente en la que brevemente ratificará o modificará su

propuesta.

- f. No se admitirán otras interrupciones que las del presidente para llamar al orden o a la cuestión debatida.

Los miembros de la Corporación podrán en cualquier momento del debate pedir la palabra para solicitar una cuestión de orden, invocando al efecto la norma cuya aplicación reclama. El presidente resolverá lo que proceda, sin que por este motivo se suscite debate alguno.

Los funcionarios responsables de la Secretaría y de la intervención podrán intervenir cuando fuesen requeridos por el presidente por razones de asesoramiento técnico o aclaración de conceptos. Cuando dichos funcionarios entiendan que en el debate se planteó alguna cuestión sobre la que pueda dudarse acerca de la legalidad o repercusiones presupuestarias del punto debatido, podrán solicitar al presidente el uso de la palabra para asesorar a la Corporación.

El alcalde o presidente podrá llamar al orden a cualquier miembro de la Corporación que:

- a. Profiera palabras o vierta conceptos ofensivos al decoro de la Corporación o de sus miembros, de las instituciones públicas o de cualquier otra persona o entidad.
- b. Produzca interrupciones o, de cualquier otra forma, altere el orden de las sesiones.
- c. Pretenda hacer uso de la palabra sin que le fuese concedida o una vez que le fuese retirada.

Tras tres llamadas al orden en la misma sesión, con advertencia en la segunda de las consecuencias de una tercera llamada, el presidente podrá ordenarle que abandone el local en que se esté realizando la reunión, adoptando las medidas que considere oportunas para hacer efectiva la expulsión.

En los supuestos en que, de conformidad con lo establecido en la Ley de bases del régimen local, algún miembro de la Corporación deba abstenerse de participar en la deliberación y votación, deberá abandonar el salón mientras se discuta y vote el asunto, salvo cuando se trate de debatir su actuación como corporativo, en que tendrá derecho a

permanecer y defenderse.

A efectos del desarrollo de las sesiones y para definir el carácter de las intervenciones de los miembros de la Corporación, se utilizará la siguiente terminología:

1. Dictamen: es la propuesta sometida al Pleno tras el estudio del expediente por la Comisión informativa. Contiene una parte expositiva y un acuerdo a adoptar.
2. Proposición: es la propuesta que se somete al Pleno relativa a un asunto incluido en el orden del día, que acompaña a la convocatoria. Contendrá una parte expositiva o justificación y un acuerdo, asimismo, a adoptar. No procederá entrar a debatir ni votar una proposición sin que previamente se ratificase la inclusión del asunto en el orden del día.
3. Moción: es la propuesta que se somete directamente a conocimiento del Pleno. Podrá formularse por escrito u oralmente.
4. Voto particular: es la propuesta de modificación de un dictamen formulada por un miembro que forma parte de la Comisión informativa. Deberá acompañar al dictamen desde el día siguiente a su aprobación por la Comisión.
5. Enmienda: es la propuesta de modificación de un dictamen o proposición presentada por cualquier miembro, mediante escrito presentado al presidente antes de iniciarse la deliberación del asunto.
6. Ruego: es el planteamiento de una propuesta de actuación dirigida a algunos de los órganos de gobierno municipal. Los ruegos formulados en el seno del Pleno podrán ser debatidos, pero en ningún caso sometidos a votación.

Pueden presentar ruegos todos los miembros de la Corporación, o los grupos municipales a través de sus portavoces.

Los ruegos podrán ser efectuados oralmente o por escrito y serán debatidos generalmente en la sesión siguiente, sin perjuicio de que lo puedan ser en la misma sesión en que se planteen si el alcalde o presidente lo estima conveniente.

7. Pregunta: es cualquier cuestión planteada a los órganos de gobierno en el seno del Pleno. Pueden presentar preguntas todos los miembros de la Corporación, o los grupos municipales a través de sus portavoces. Las preguntas tramitadas oralmente en el transcurso de una sesión serán generalmente contestadas por su destinatario en la sesión siguiente, sin perjuicio de que el preguntado quiera darle respuesta inmediata.

Las preguntas planteadas por escrito serán contestadas por su destinatario en la sesión siguiente, sin perjuicio de que el preguntado quiera darle respuesta inmediata. Las preguntas planteadas por escrito con veinticuatro horas de antelación serán contestadas ordinariamente en la sesión o, por causas debidamente motivadas, en la siguiente.

### **POTESTAD REGLAMENTARIA DE LAS ORGANIZACIONES LOCALES**

La potestad reglamentaria existe en el ordenamiento jurídico español en el caso de los municipios, las provincias –de las que la Constitución predica también la autonomía en el art. 141– y las islas, aunque para ellas no exista atributo regulado constitucionalmente. El artículo 4.1.a) de la LBRL (y el mismo precepto del ROF) es bien expresivo cuando refiere a los municipios, las provincias y las islas las potestades reglamentaria y de autoorganización.

La doctrina administrativista entiende que, sin embargo, la importancia de la potestad reglamentaria de provincias e islas es, en abstracto, mucho menor que la municipal. Por motivos históricos, por supuesto, pero también por la índole de las competencias atribuidas a los diversos entes locales en el ordenamiento jurídico vigente, mucho más ricas y complejas las de los municipios. Esa es la causa, también, de que el ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia sobre la potestad reglamentaria de los entes locales se construyese fundamentalmente sobre las ordenanzas y reglamentos municipales, no sobre la potestad reglamentaria de las provincias o de las islas.

Un problema singular se suscita a la hora de dilucidar si los entes locales de ámbito inferior al municipal poseen o no potestad reglamentaria. En principio, el mismo precepto antes citado que habla de la potestad reglamentaria de los municipios, provincias e islas



es más cauto en su apartado segundo a la hora de referirse a las potestades de los otros entes locales. Dice así este apartado:

“Lo dispuesto en el número precedente y en el artículo 2 podrá ser de aplicación a las entidades territoriales de ámbito inferior al municipal y, asimismo, a las comarcas, áreas metropolitanas y demás entidades locales, debiendo las leyes de las comunidades autónomas concretar cuáles de aquellas potestades serán de aplicación”.

### **Órganos competentes**

Dentro de los entes municipales, corresponde la competencia de elaborar y aprobar las ordenanzas y reglamentos siempre al órgano colegiado supremo, que es el Pleno del Ayuntamiento cfr. art. 22.2d) LBRL. Podrían distinguirse de esta competencia genérica las menciones a otras formas reglamentarias dentro del mismo artículo. Así, la letra c) se referiría a las ordenanzas urbanísticas (en su referencia a los “demás instrumentos de ordenación previstos en la legislación urbanística”); la letra e), a las fiscales, y la letra q), residualmente, a las demás formas reglamentarias que contuviesen las leyes. Estas competencias no son delegables en el alcalde y en la Comisión de Gobierno (Junta de Gobierno), pese a las tendencias favorables que a ello, en general, muestra la Ley 11/1999, de 21 de abril, que modificó en ese sentido este precepto y otros de la LBRL. No obstante, las competencias incluidas en las letras c), d) y e) son indelegables. Por otro lado, y aunque no se prohíba la delegación de las competencias residuales incluidas en la letra q), EMBID IRUJO cree que, en lo que se refieren a la aprobación de ordenanzas distintas de las mencionadas, el sentido institucional del ejercicio de la potestad reglamentaria local y la analogía con la supuestos indicados hacen que también allí sea imposible la delegación, de un modo semejante a como lo ha interpretado la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1999.

Por otra parte, en algunos casos es necesario que, para la aprobación definitiva de las ordenanzas, el Ayuntamiento se pronuncie con el *quorum* especial de mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación; por ejemplo, para los reglamentos orgánicos, cfr. art. 47.2.f) LBRL, y extensible a cualquier pronunciamiento previo de la Corporación local (aprobación inicial) que puedan tener lugar en esos mismos casos. En el

resto de los supuestos habrá que concluir, conforme al sistema general de adopción de acuerdos en la LBRL, que basta la mayoría simple para la aprobación (art. 47.1 LBRL).

El autor citado piensa, igualmente, que debe aplicarse también al supuesto de las ordenanzas de construcción, puesto que la LBRL solo exige la mayoría absoluta para “los acuerdos que corresponda adoptar a la Corporación en la tramitación de los instrumentos de planeamiento general previstos en la legislación urbanística” [art. 47.2.II) LBRL]. Las ordenanzas de construcción, es obvio, no son instrumento de planeamiento general, sino perfectamente concebibles al margen del planeamiento, por lo que no procede aplicar esa regla extraordinaria de mayorías.

### **Tramitación de la aprobación de ordenanzas**

El procedimiento administrativo de elaboración y aprobación de ordenanzas es el que contiene el artículo 49 LBRL, procedimiento especial y preferente al que puedan regular las normas generales del procedimiento administrativo aplicables (ahora normas de las comunidades autónomas) sobre la elaboración de las disposiciones de carácter general y dejando al margen las peculiaridades que puedan existir en algunas ordenanzas en concreto. Por tanto, y como ha recordado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de junio de 1994, no es preciso llevar a cabo una audiencia expresa a los interesados en el sentido en que suelen disponer las normas del procedimiento administrativo, y tampoco el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico.

Ese procedimiento consiste en una aprobación inicial, una fase de información pública dirigida a los vecinos y a los interesados por un mínimo de 30 días y, finalmente, una aprobación definitiva por parte del Ayuntamiento en la que deberán resolverse las alegaciones que, en su caso, hayan sido formuladas en la fase de información pública. Además de lo indicado, múltiples leyes sectoriales suelen introducir la obligación de solicitar informe a órganos del Estado o de la Comunidad Autónoma en esa fase de elaboración, informe preceptivo y, en ocasiones, hasta vinculante en el que pueda referirse específicamente a las competencias afectadas del Estado y de las comunidades autónomas, sin que puedan establecerse aquí criterios generales, sino remitir al ordenamiento sectorial en cada caso aplicable.

En algún tipo de ordenanzas, como las especiales de aprovechamientos comunales reguladas en el artículo 75 del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRLBRL), se prevé excepcionalmente en su punto cuarto una aprobación del órgano competente de la Comunidad Autónoma previo dictamen del órgano consultivo autonómico, si existiese, o del Consejo del Estado, debiendo en las ordenanzas de urbanismo observarse lo que disponga cada legislación autonómica.

SANTAMARÍA PASTOR mantiene que las relaciones entre las distintas normas reglamentarias en el ámbito local (reglamento orgánico de la entidad, ordenanzas y presupuesto) se rigen por el principio de competencia, pues provienen todas del mismo órgano (el Pleno) y, a falta de previsión legal expresa, no puede existir una ordenación jerárquica de estas.

No existe ningún procedimiento de control que puedan realizar el Estado y las comunidades autónomas sobre las ordenanzas. Aun cuando el TC en su Sentencia de 2 de febrero de 1981 sancionó la constitucionalidad del control administrativo establecido en la LRL sobre las ordenanzas y reglamentos locales en cuanto lo era exclusivamente de legalidad, lo cierto es que la legislación actualmente vigente representa un notable giro sobre el contenido de la normativa anterior. El control sobre las ordenanzas (como sobre la actividad local en general) es entregado por la LBRL a los tribunales.

Tras la correspondiente apelación a los tribunales por parte del Estado o de las comunidades autónomas por contravenir la ordenanza el ordenamiento jurídico o exceder de la competencia municipal –lo que también es, por cierto, contravenir el ordenamiento jurídico–, los tribunales del orden contencioso-administrativo serán los que resuelvan mediante sentencia sobre la validez del derecho municipal. Igual competencia, obviamente, les correspondería conociendo del recurso contencioso-administrativo que interpusiese un legitimado para ello.

Finalmente, y tras la reforma de la Ley 30/1992 realizada por la Ley 4/1999, está regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de revisión de oficio de las disposiciones de carácter general. Antes GÓMEZ FERRER entendía que esta conclusión era

posible alcanzarla solo por la vía interpretativa, ante la falta de mención expresa legal. La mención de la ley básica debería alcanzar, pues, a las ordenanzas y reglamentos municipales dada su naturaleza jurídica de disposiciones de carácter general. En todo caso, y por aplicación del artículo 102 citado, el pronunciamiento de nulidad exige el dictamen previo vinculante del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico, si existe.

### **Publicación y entrada en vigor**

Dada la naturaleza jurídica normativa de las ordenanzas y reglamentos municipales, su necesidad de publicación tiene una base constitucional en el principio de publicidad normativa a que se refiere el artículo 9.3 de la Constitución española y que en el ámbito de la vida local tuvo un efecto evidente con el artículo 70.2 LBRL, que reaccionó contra la práctica de la legislación del pasado régimen de no publicar este derecho. Este artículo 70.2 LBRL no solucionaba todos los problemas existentes y fue objeto de una modificación realizada por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre, y por el apartado 1 del artículo primero de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, tras las cuales el texto legal queda de la siguiente forma en lo que se refiere, exclusivamente, a la publicación de las ordenanzas:

“Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a estos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publican en el boletín oficial de la provincia y no entran en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2, salvo los presupuestos y las ordenanzas fiscales que se publican y entran en vigor en los términos establecidos en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales”.

Del texto advierte EMBID su voluntad de aplicación a múltiples formas de la normativa local, planteamiento que resulta evidente con la mención al articulado de los planes urbanísticos, expresión que supera, por tanto, el ámbito estricto de las tradicionales ordenanzas de edificación. No obstante, se debe notar cómo en el precepto transcrito hay referencia exclusiva a aquellos planes aprobados definitivamente por las entidades locales,

lo que deja fuera de consideración aquellos planes urbanísticos que son aprobados definitivamente por los órganos autonómicos que determine la legislación urbanística de cada Comunidad Autónoma y que, por tanto, serán objeto de publicación oficial en la forma que determine la propia normativa urbanística de la Comunidad Autónoma correspondiente.

La publicación debe tener lugar en el boletín oficial de la provincia y, tal como el Tribunal Constitucional interpretó esta mención, no es sustituible por la publicación en un diario oficial autonómico aun cuando ello fuese determinado por la propia normativa de la Comunidad Autónoma, pues el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 239/1999, de 16 de diciembre (F.J. 80), consideró básica esta prescripción.

Finalmente, hay que constatar cómo el precepto conecta la publicación con la entrada en vigor como corresponde, obviamente, a una norma. No obstante, en el texto citado esa entrada en vigor es no solo dependiente de la publicación, sino también del transcurso del plazo de requerimiento establecido en el artículo 65.2 LBRL. Esto quiere decir, dadas las características de ese requerimiento, que se fija una *vacatio legis* mínima de difícil determinación en ocasiones –pues depende tanto de la publicación como del hipotético requerimiento– y que, en todo caso, no creo que hubiese que entenderla como una prohibición de que la entidad local, en función de su autonomía, determinara otra siempre y cuando se respetara el plazo establecido en el artículo 65.2 LBRL sobre lo que se debe, en todo caso, establecer una forma de cómputo segura para favorecer el principio de seguridad jurídica, auténticamente elemental en lo relativo a algo tan importante como la entrada en vigor de una norma.

## **RÉGIMEN JURÍDICO E IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS**

Antonio Jiménez-Blanco señala que la ley reguladora de las bases del régimen local, sin mencionar el poco simpático término “control” y bajo el rótulo general de “impugnación de actos y acuerdos” se ocupa del recurso jurisdiccional contra las resoluciones de los entes locales, que puede interponer la Administración superior. Además de esta regulación, la ley gallega contempla ciertas disposiciones sobre el régimen jurídico local que son de interés para el funcionamiento de las entidades en Galicia.

De este modo, los actos de las entidades locales de Galicia son inmediatamente ejecutivos, salvo en aquellos casos en que una disposición legal establezca lo contrario o cuando se suspenda su eficacia de acuerdo con la Ley 7/1985, de 2 de abril.

La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación y publicación, o cuando una ley exija su aprobación por otra Administración pública.

Contra los actos y acuerdos de las entidades locales que pongan fin a la vía administrativa, los interesados podrán, previo recurso de reposición o reclamación previa en los casos en que proceda, ejercer las acciones pertinentes ante la jurisdicción competente. Junto a los sujetos legitimados en el régimen general del proceso contencioso-administrativo, podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico los miembros de las corporaciones locales que hubiesen votado en contra de tales actos y acuerdos.

Ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los siguientes órganos y autoridades:

- a. Las del pleno, los alcaldes, presidentes y comisiones de gobierno, salvo los casos excepcionales en que una ley sectorial requiera la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, o cuando proceda recurso ante estas en los supuestos del artículo 27.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.
- b. Las de las autoridades y órganos inferiores en los casos en que resuelvan por delegación del alcalde, del presidente o de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa.
- c. Las de cualquier otra autoridad u órgano cuando así lo establezca una disposición legal.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, y como requisito previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo contra actos o acuerdos de las autoridades y entidades locales que pongan fin a la vía administrativa, deberá formularse recurso de reposición, que se presentará ante el órgano que hubiese

dictado el acto o acuerdo, en el plazo de un mes, contado desde la notificación del acto o acuerdo. Sin embargo, el recurso de reposición será potestativo en materia de presupuestos, imposición y ordenación de tributos, y en los demás casos en que tenga tal carácter según lo dispuesto en dicha ley.

El plazo para interponer recurso de reposición por los concejales o miembros de las corporaciones locales que hubiesen votado en contra del acuerdo se contará desde la fecha de la sesión en que se hubiese votado el acuerdo.

En él se podrán ejercer acciones fundadas en el derecho privado o laboral contra las autoridades y entidades locales sin reclamación previa ante estas. Dicha reclamación se tramitará y resolverá por las normas contenidas en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

Para reclamar en la vía gubernativa o en la judicial contra cualquier acuerdo o resolución, no será requisito indispensable la consignación previa de la cantidad exigida, sin perjuicio de los procedimientos de apremio y de los afianzamientos o garantías legales.

La Administración del Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, están legitimadas para impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico, en los casos y en los términos previstos en el artículo 65 de la LBRL. Estas impugnaciones están exceptuadas del requisito del recurso previo de reposición.

Cuando la Administración del Estado o la de las comunidades autónomas consideren, en el ámbito de sus respectivas competencias, que un acto o acuerdo de alguna entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla, invocando expresamente el artículo 65 de la LBRL, para que anule dicho acto o acuerdo, en el plazo máximo de un mes.

El requerimiento deberá ser motivado y expresar la normativa que se estime vulnerada. Se planteará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo. Si se hubiese solicitado ampliación de la información, quedará interrumpido el cómputo del plazo, que se reanudará a partir de la recepción de la documentación interesada.

La entidad local, en virtud del requerimiento, y en el plazo señalado para ello, podrá anular dicho acto o acuerdo, previa audiencia, en su caso, de los interesados.

- La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en los dos meses siguientes al día en que venza el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la entidad local, o al de la recepción de la comunicación de esta rechazando el requerimiento.
- La Administración del Estado o, en su caso, la de la Comunidad Autónoma, podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa directamente, sin necesidad de formular requerimiento, en los dos meses siguientes al día de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo.

El requerimiento o la impugnación no suspenderán por sí solos la efectividad del acto o acuerdo, sin perjuicio de las reglas ordinarias que regulan la suspensión de la ejecución de aquellos en el orden contencioso-administrativo.

Los actos y acuerdos de las entidades locales que menoscaben competencias del Estado o de las comunidades autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas entidades podrán ser impugnados directamente, sin necesidad de requerimiento previo, ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por la Administración del Estado o de la correspondiente Comunidad Autónoma, en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.

En estos supuestos se observará lo dispuesto, en cuanto a requisitos que deberá reunir la impugnación y a los efectos suspensivos de esta, en el artículo 66 párrafo segundo de la LBRL.

Si una entidad local adoptase actos o acuerdos que atenten gravemente al interés general de España, el delegado del Gobierno, previo requerimiento al presidente de la Corporación y en caso de no ser atendido, podrá suspenderlos y adoptar las medidas pertinentes para la protección de dicho interés, debiendo impugnarlos en el plazo de diez días desde la suspensión, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.



La Ley de Administración local de Galicia dispone que podrán impugnar los actos y acuerdos de las entidades locales que incurran en infracción del ordenamiento jurídico en los casos y términos previstos en sus artículos 217 y 218:

a) La Administración gallega, sin perjuicio de los supuestos de legitimación establecidos con carácter general por la legislación reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

b) Los miembros de las corporaciones locales que votasen en contra de los actos o acuerdos.

Asimismo, los entes locales podrán impugnar las disposiciones y los actos de la Administración de la Comunidad Autónoma que lesionen su autonomía, de conformidad con lo establecido en la legislación básica del Estado en la materia y en la legislación reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Cuando la Xunta de Galicia considere, en el ámbito de sus competencias, que un acto o acuerdo de alguna entidad local infringe el ordenamiento jurídico, podrá requerirla para que anule este acto o acuerdo, invocando expresamente el artículo 65 de la Ley reguladora de las bases del régimen local. El requerimiento, que debe estar motivado y expresar la normativa que considere que es vulnerada, se planteará en el plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de la comunicación del acuerdo.

Si ya se hubiese solicitado ampliación de la información, quedará interrumpido el cómputo del plazo, que se renovará a partir de la recepción de la documentación solicitada. La entidad local, en virtud del requerimiento y en el plazo señalado para ello, podrá anular aquel acto o acuerdo, previa audiencia, en su caso, de los interesados.

La Xunta de Galicia podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los dos meses siguientes al día en que venza el plazo señalado en el requerimiento dirigido a la entidad local o de la recepción de la comunicación de esta, en la que se rechaza el requerimiento.

La Xunta de Galicia podrá impugnar el acto o acuerdo ante la jurisdicción contencioso-

administrativa directamente, sin necesidad de formular requerimiento, en los dos meses siguientes al día de la recepción de la comunicación del acto o acuerdo.

Los actos o acuerdos de las entidades locales que menoscaben las competencias de la Xunta de Galicia o interfieran su ejercicio podrán ser impugnados directamente, sin necesidad de requerimiento previo, ante la jurisdicción contencioso-administrativa en el plazo de dos meses, que comenzará a contar desde la recepción de la comunicación del acuerdo. La impugnación deberá precisar la lesión o, en su caso, la extralimitación competencial que la motiva y las normas legales en que se fundamente.

Las entidades locales territoriales están legitimadas para impugnar las disposiciones y los actos de la Administración de la Comunidad Autónoma que lesionen su autonomía. MARTÍN MATEO explicó, con anterioridad a la reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, la importancia de esta legitimación en un momento en que las entidades locales no contaban con vías para acudir al alto tribunal a no ser que se produjese una violación de derechos fundamentales.

Por otra parte, las entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones precisas para la defensa de sus bienes y derechos. Cualquier vecino que se encuentre en pleno disfrute de sus derechos civiles y políticos podrá requerirle su ejercicio a la entidad interesada. Este requerimiento, del que se dará conocimiento a quien pudiese resultar afectado por las correspondientes acciones, suspenderá el plazo para el ejercicio de estas por un término de treinta días hábiles.

Si en el plazo de esos treinta días la entidad no acordase el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercer esta acción en el nombre e interés de la entidad local. Si prospera la acción, el actor tendrá derecho a que la entidad local le reembolse las costas procesales y a la indemnización de cuantos daños y perjuicios le siguiesen.

TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OTRA, DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA:

- “El sistema de fuentes de las entidades locales (I)”. Antonio Serrano Pascual. *Cuadernos de derecho local*, ISSN 1696-0955, n.º 2, 2003, págs. 7-41.
- “El funcionamiento de los órganos colegiados de las entidades locales: las sesiones”. Jesús Colás Tenas. *Cuadernos de derecho local*, ISSN 1696-0955, n.º 18, 2008, págs. 75-109.
- “La posición ordinamental de los reglamentos orgánicos de las entidades locales tras la Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, del Tribunal Constitucional. Manuel Jesús Sarmiento Acosta”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, ISSN 0213-4675, n.º 252, 1991, págs. 963-984.
- “El nuevo régimen jurídico de impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales por los miembros disidentes tras la STC 173/2004, de 18 de octubre”. Francisco Eugenio Ubeda Tarajano. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, ISSN 1699-7476, n.º 307, 2008, págs. 185-202.
- “La autonomía local y la impugnación de los actos y acuerdos de las entidades locales”. Tomás Vidal Marín. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, ISSN 0213-9995, n.º 30, 2001, págs. 317-332.

**XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ**

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO

REVISADO Y ACTUALIZADO POR **LORENA PEITEADO PÉREZ**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 11**

# **LOS BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES. LAS HACIENDAS LOCALES**

## **TEMA11. LOS BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES. LAS HACIENDAS LOCALES.**

### **LOS BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES**

El artículo 79.1 de la Ley de bases de régimen local y, con idéntica redacción, el Reglamento de bienes de las entidades locales (Real decreto 1372/1986, de 13 de junio), indican que “el patrimonio de las entidades locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan”. En el párrafo segundo de dicho artículo 79 de la Ley de bases y en el artículo 2 del Reglamento de bienes se añade que “los bienes de las entidades locales son de dominio público o patrimoniales”.

Esta clasificación se mantiene, en líneas generales, en la vigente Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas, en lo sucesivo LPAP.

El artículo 3 de la referida Ley 33/2003 establece que:

“1. El patrimonio de las administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos cualquiera que fuese su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos”.

La Ley de bases de régimen local y el Reglamento de bienes de las entidades locales nos presenta un concepto amplio del patrimonio, incluyendo en él los bienes demaniales junto con los patrimoniales y los demás derechos y acciones que a las entidades locales pertenezcan.

El artículo 17 del Reglamento de bienes obliga a las entidades locales a formar inventario de todos sus bienes y derechos. A tal efecto, el artículo 18 del mismo texto nos ofrece una clasificación epigrafiada de estos bienes y derechos especialmente significativa. Según el Reglamento de bienes de las entidades locales, el patrimonio local estará compuesto por los siguientes bienes y derechos:

- Inmuebles.
- Derechos reales.
- Muebles de carácter histórico, artístico o de considerable valor económico.

- Valores mobiliarios, créditos y derechos de carácter personal de la Corporación.
- Vehículos.
- Semovientes.
- Muebles no comprendidos en los anteriores enunciados.
- Bienes y derechos revertibles.

A todo ello habría que añadir las “acciones”, concepto que el Reglamento de bienes no concreta, pero que utiliza como distinto de los anteriores (bienes y derechos).

Siguiendo en este punto a RIVERO, tenemos que recordar que el Reglamento de bienes de las entidades locales indica que los bienes de las entidades locales se registrarán:

- “a) Por la legislación básica del Estado en materia de régimen local.
- b) Por la legislación básica del Estado reguladora del régimen jurídico de los bienes de las administraciones públicas.
- c) Por la legislación que en el ámbito de sus competencias dicten las comunidades autónomas.
- d) En defecto de la legislación a que se refieren los apartados anteriores, por la legislación estatal no básica en materia de régimen local y bienes públicos.
- e) Por las ordenanzas propias de cada entidad.
- f) Supletoriamente, por las restantes normas de los ordenamientos jurídicos administrativo y civil.

En todo caso, se aplicará el derecho estatal de conformidad con el artículo 149.3 de la Constitución.”

Si analizamos estos preceptos, se deduce que debe ser de aplicación preferente la legislación básica del Estado en materia de bienes y, en primer término, los preceptos sobre bienes de la legislación estatal básica sobre régimen local.

Por legislación básica del Estado en materia de régimen local deben entenderse la Ley reguladora de las bases de régimen local, de 2 de abril de 1985, modificada por la Ley 57/2003 (de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local), por la Ley 30/2007 (de 30 de octubre, de contratos del sector público) y por la Ley 27/2013 (de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local), entre otras de menor calado; y en los preceptos del Real decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, que, regulando el patrimonio local, tengan carácter básico. En cuanto a qué debe entenderse por legislación básica del Estado sobre bienes de las administraciones públicas, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre (LPAP), señala en su artículo primero que esta ley tiene por objeto “establecer las bases del régimen patrimonial de las administraciones públicas...”; y en su artículo 2.2 establece que “serán de aplicación a las comunidades autónomas, entidades que integran la Administración local y entidad de derecho público vinculadas o dependientes de ella los artículos o partes de estos enumerados en la disposición final segunda”. Es necesario, en consecuencia, examinar el listado de esta disposición final segunda para determinar el carácter básico o no básico de los preceptos de la Ley 33/2003, para la Administración local.

En cuanto a la restante legislación básica sobre bienes, se observarán los criterios sentados por el Tribunal Constitucional respecto a qué debe entenderse por legislación básica. En este sentido, y de acuerdo con la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias (entre otras, de 28 de julio de 1981, 28 de enero de 1982 y 14 y 30 de junio de 1982), habría que inferir del conjunto de la legislación del Estado, tanto general (Ley del patrimonio de las administraciones públicas) como sectorial (Ley de aguas, de minas, del Patrimonio Histórico Español, etc.), en qué medida estas disposiciones están sentando una “regulación uniforme y de vigencia en toda la nación, con la que se asegure en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, en defensa de su propio interés general, pueda establecer las peculiaridades que le convengan, dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella materia.” (STC 1/82 y 50/99, entre otras).

Se regularían en tercer lugar los bienes de las entidades locales por la legislación que “en el ámbito de sus competencias” dicten las comunidades autónomas, aludiéndose con esta

expresión a la legislación que, tanto sobre régimen local como sobre el patrimonio, puedan dictar las comunidades autónomas en la medida en que y con el alcance con que estas competencias se hubiesen asumido en los respectivos estatutos.

Completan el catálogo de fuentes en la materia las ordenanzas locales, instrumento de indudable valor en la regulación de la vida local, en general, como genuina expresión directa de la voluntad de la comunidad. Con carácter supletorio de las restantes normas ya enunciadas, se aplicarán las restantes normas de los ordenamientos jurídicos administrativo y civil. Hay que hacer hincapié en la expresión “restantes” normas por cuanto existen normas civiles que, lejos de constituir derecho supletorio, integran la misma legislación estatal básica en materia de bienes.

La Ley de Administración local de Galicia, de 22 de julio de 1997 (reformada mediante la Ley 8/1999, de 30 de diciembre; la Ley 18/2008, de 29 de diciembre, y la Ley 1/2010, de 11 de febrero), es la norma autonómica de referencia en esta materia.

El patrimonio de las entidades locales de Galicia estará constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan por cualquier título. Como señala BALLESTEROS FERNÁNDEZ, se tratará del elemento activo del patrimonio, mientras que el elemento pasivo está constituido por las deudas y obligaciones de la entidad local.

Los bienes de las entidades locales se clasificarán en bienes de dominio público, bienes comunales y bienes patrimoniales o de propios.

- a) Son bienes de dominio público los destinados al uso o servicios públicos.
- b) Son bienes comunales aquellos cuyo aprovechamiento corresponda a una comunidad de vecinos por la normativa legal. Les será aplicable el régimen jurídico que determine la ley o, en su defecto, lo establecido para los bienes de dominio público.
- c) Son bienes patrimoniales los de titularidad de las entidades locales que no tienen el carácter de bienes de dominio público o comunal.

Son bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización



general cuya conservación y policía sean competencia de la entidad local. Son bienes de servicio público los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las entidades locales, tales como casas del Ayuntamiento, palacios provinciales y, en general, edificios que sean sede de ellas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte y, en general, cualquier otro bien directamente destinado a la prestación de servicios públicos o administrativos.

Los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a ningún tributo.

Son bienes patrimoniales o de propios los que, siendo propiedad de la entidad local, no estén destinados al uso público ni afectados a ningún servicio público y puedan constituir fuentes de ingresos para el erario de la entidad. Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, si no, por las normas de derecho privado. Se clasifican como bienes patrimoniales, entre otros, las parcelas sobrantes y los efectos no utilizables.

Se conceptuarán como parcelas sobrantes aquellas porciones de terreo propiedad de las entidades locales que por la reducida extensión, forma irregular o localización no fuesen susceptibles de uso adecuado. Para declarar un terreo parcela sobrante, se requiere expediente de cualificación jurídica.

Se consideran efectos no utilizables todos aquellos bienes que por su deterioro, depreciación o deficiente estado de conservación resultasen inaplicables a los servicios municipales o al normal aprovechamiento, atendida su naturaleza o destino, aunque aquellos no hayan sido dados de baja en el inventario.

La alteración de la cualificación jurídica de los bienes de las entidades locales requiere expediente en el que se acrediten su oportunidad y legalidad. El expediente tendrá que ser resuelto por el Pleno previa información pública por el plazo de un mes, mediante acuerdo adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de sus miembros.

En cualquier caso, la incorporación al patrimonio de la entidad local de los bienes

desafectados, incluso cuando procedan de deslinde de dominio público, no se entenderá efectuada hasta la recepción formal por el órgano competente de la Corporación de los bienes de que se trate, y, en tanto esta no tenga lugar, seguirán teniendo aquellos el carácter de dominio público.

No obstante, la alteración se produce automáticamente en los siguientes supuestos:

- a) Aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios.
- b) Adscripción de bienes patrimoniales por más de veinticinco años a un uso o servicio público o comunal.
- c) Adquisición por usucapión por la entidad, de acuerdo con el derecho civil, del dominio de una cosa que viniese estando destinada a un uso o servicio comunal.

#### Adquisición y enajenación de sus bienes por las entidades locales

Las entidades locales tendrán capacidad jurídica plena para adquirir y poseer bienes de todas clases y ejercer las acciones y los recursos procedentes en defensa de su patrimonio. Las entidades locales, como recuerda FONT I LLOVET, tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos.

Las corporaciones locales pueden adquirir bienes y derechos:

- a) Por atribución de la ley.
- b) A título oneroso por ejercicio o no de la facultad de expropiación.
- c) Por herencia, legado o donación.
- d) Por prescripción.
- e) Por ocupación.
- f) Por cualquier otro modo legítimo conforme al ordenamiento jurídico.

La adquisición de bienes a título oneroso exigirá el cumplimiento de los requisitos

previstos en la normativa reguladora de la contratación. Tratándose de bienes inmuebles se exigirá, además, un informe previo pericial y, siendo bienes de valor histórico o artístico, se requerirá el informe del órgano autonómico competente, siempre que su importe exceda el uno por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto de la Corporación o el límite general establecido para el procedimiento negociado en materia de abastecimientos.

Las adquisiciones de bienes derivadas de expropiaciones forzosas se regirán por su normativa específica.

La adquisición de bienes a título gratuito no estará sujeta a restricción alguna. No obstante, si la adquisición llevase anexa alguna condición o modalidad onerosa, sólo podrán aceptarse los bienes previo expediente en que se acredite que el valor del gravamen impuesto no excede el valor del que se adquiere. La aceptación de herencias se entenderá a beneficio de inventario.

Si los bienes se adquieren bajo la condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá esta cumplida y consumada cuando durante treinta años sirviese a aquel y aunque después dejase de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público.

Las entidades locales prescribirán a su favor de acuerdo con las leyes comunes, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales. Los particulares podrán prescribir a su favor los bienes patrimoniales de las entidades locales de acuerdo con las leyes comunes.

La ocupación de bienes muebles por las entidades locales se regulará por lo establecido en el Código civil y en las leyes especiales.

Toda enajenación, gravamen o permuta de bienes inmuebles tendrá que comunicársele al órgano competente de la Comunidad Autónoma. Si el valor excediese el veinticinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto anual de la Corporación, requerirá, además, autorización de aquel.

Los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente a no ser a entidades o instituciones públicas y para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a instituciones o asociaciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. Las enajenaciones de bienes patrimoniales se realizarán por subasta pública, excepto en el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmueble. En los expedientes deberán figurar los correspondientes informes técnicos relativos al valor de los bienes que se van a enajenar. GARRIDO FALLA ha señalado que la enajenación de bienes de dominio público sin la previa desafectación llevaría consigo la nulidad de pleno derecho.

Cuando se trate de enajenaciones o gravámenes que se refieran a monumentos, edificios u objetos de índole artística o histórica, será necesario el informe previo del órgano autonómico competente, de acuerdo con la legislación sobre patrimonio histórico y artístico.

En ningún caso podrá procederse a la enajenación de bienes patrimoniales para financiar gastos corrientes, excepto que se trate de parcelas sobrantes de vías públicas no edificables o de bienes no utilizables en servicios locales.

Las entidades locales están obligadas a formar inventario valorado de todos los bienes y derechos que les pertenezcan, así como de los bienes pertenecientes a los organismos autónomos que dependan de ellas. De este inventario se remitirá copia al órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma y se rectificará anualmente, comprobándose siempre que se renueve la Corporación.

Las entidades locales deberán inscribir en el Registro de la Propiedad sus bienes inmuebles y derechos reales, bastando para tal efecto la certificación que, con relación al inventario aprobado por la respectiva Corporación, expida el secretario, con el visto bueno del alcalde o presidente.

#### Las potestades y prerrogativas de las entidades locales respecto de sus bienes

Corresponden a las entidades locales de carácter territorial las siguientes potestades en relación con sus bienes:

- a) La potestad de investigación.
- b) La potestad de deslinde.
- c) La potestad de recuperación de oficio.
- d) La potestad de desahucio administrativo.

Para defender su patrimonio y para asegurar el adecuado empleo de este, las corporaciones locales también podrán establecer e imponer sanciones de acuerdo con lo previsto en la normativa sectorial aplicable. SANZ GANDASEGUI ha mostrado sus reservas respecto de la regulación que de esta potestad hace el artículo 59 del Texto refundido, de 18 de abril de 1986, al reconocerles una potestad sancionadora genérica que difícilmente casa con la doctrina constitucional en la materia.

Las corporaciones locales tienen la facultad de investigar la situación de los bienes y derechos que se supongan de su propiedad, siempre que esta no conste, con la finalidad de determinar la titularidad de aquellos. Esta facultad aparece desarrollada con detalle en los artículos 45 a 50 de la Ley de patrimonio de las administraciones públicas.

Las corporaciones locales tendrán la facultad de promover y ejecutar el deslinde entre los bienes de su pertenencia y los de los particulares cuando los límites apareciesen imprecisos o sobre los que existiesen indicios de usurpación. Los propietarios de los terrenos lindantes con fincas pertenecientes a las entidades locales o que estuviesen enclavadas dentro de aquellos podrán reclamar su deslinde. La jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo precisa el alcance de este deslinde, indicando que tiene por objeto practicar las operaciones técnicas de comprobación y, en su caso, rectificación de situaciones jurídicas plenamente acreditadas.

Las corporaciones locales podrán recobrar por sí la posesión de sus bienes de dominio público en cualquier tiempo cuando se trate de bienes patrimoniales; el plazo para recobrarlos será de un año, que comenzará a contar desde el día siguiente a la fecha en la que se haya producido la usurpación, y, transcurrido ese tiempo, procederá la acción correspondiente ante los tribunales ordinarios. No se admitirán interdictos contra las

actuaciones de los agentes de la autoridad en esta materia.

Las corporaciones locales podrán ejecutar en vía administrativa la investigación, el deslinde y la reivindicación de los bienes situados fuera del término de su jurisdicción mediante exhorto a la entidad del territorio en que radiquen, para que, por su mediación, se desarrollen los actos correspondientes.

Las entidades locales tendrán plena capacidad para ejercer todo tipo de acciones y recursos en defensa de sus derechos y patrimonio, y no podrán ceder a las demandas judiciales que afectasen al dominio y los demás derechos reales integrantes de su patrimonio.

## **LAS HACIENDAS LOCALES**

MARTÍN QUERALT puso de manifiesto cómo la tradicional insuficiencia de las haciendas locales españolas, consecuencia inmediata del centralismo político, llevó a consolidar la participación de aquellas en los ingresos del Estado de las más dispares formas.

El artículo 142 de la Constitución española mandaba que las haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y en los de las comunidades autónomas. Esta previsión constitucional es desarrollada hoy por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales. Este RDL 2/2004 fue profusamente modificado por varias normas, como la Ley 16/2007, de 4 de julio; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible; por los RDL 20/2011, de 30 de diciembre, el 6/2012, de 9 de marzo, o el 12/2012, de 30 de marzo; por la Ley 2/2012, de 29 de junio; la Ley 12/2012, de 26 de diciembre; la Ley 16/2012, de 27 de diciembre; la Ley 27/2013, de 27 de diciembre; y la Ley 18/2014, de 15 de octubre, entre otras.

Según el RDL 2/2004, la hacienda de las entidades locales estará constituida por los

siguientes recursos:

- a. Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.
- b. Los tributos propios clasificados en tasas, contribuciones especiales e impuestos y los recargos exigibles sobre los impuestos de las comunidades autónomas o de otras entidades locales.
- c. Las participaciones en los tributos del Estado y de las comunidades autónomas.
- d. Las subvenciones.
- e. Los percibidos en concepto de precios públicos.
- f. El producto de las operaciones de crédito.
- g. El producto de las multas y sanciones en el ámbito de sus competencias.
- h. Las demás prestaciones de derecho público.

Para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como ingresos de derecho público, tales como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias, precios públicos, y multas y sanciones pecuniarias, debe percibir la hacienda de las entidades locales de conformidad con lo previsto en el apartado anterior, dicha hacienda tendrá las prerrogativas establecidas legalmente para la Hacienda del Estado, y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes.

Constituyen ingresos de derecho privado de las entidades locales los rendimientos o productos de cualquier naturaleza derivados de su patrimonio, así como las adquisiciones a título de herencia, legado o donación. A estos efectos, se considerará patrimonio de las entidades locales el constituido por los bienes de su propiedad, así como por los derechos reales o personales, de que sean titulares, susceptibles de valoración económica, siempre que unos y otros no se encuentren afectos al uso o servicio público.

En ningún caso tendrán la consideración de ingresos de derecho privado los que procedan, por cualquier concepto, de los bienes de dominio público local. Tendrán también la

consideración de ingresos de derecho privado el importe obtenido en la enajenación de bienes integrantes del patrimonio de las entidades locales como consecuencia de su desafectación como bienes de dominio público y posterior venta, aunque hasta entonces hayan estado sujetos a concesión administrativa. En tales casos, salvo que la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas prevea otra cosa, quien haya sido el último concesionario antes de la desafectación tendría derecho preferente de adquisición directa de los bienes sin necesidad de subasta pública.

Los tributos que establezcan las entidades locales respetarán, en todo caso, los siguientes principios:

- a. No someter a gravamen bienes situados, actividades desarrolladas, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva entidad.
- b. No gravar, como tales, negocios, actos o hechos realizados fuera del territorio de la entidad impositora, ni el ejercicio o la transmisión de bienes, derechos u obligaciones que no naciesen ni hubiesen de cumplirse en dicho territorio.
- c. No implicar obstáculo alguno para la libre circulación de personas, mercancías o servicios y capitales, ni afectar de manera efectiva a la fijación de la residencia de las personas o la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, sin que eso obste para que las entidades locales puedan instrumentar la ordenación urbanística de su territorio.

En este sentido, resulta de interés recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/1987, de 17 de febrero, que estableció que “la renuncia plena por la Ley a todo encuadramiento normativo de la potestad tributaria local no se acomoda, en definitiva, con lo dispuesto en el artículo 133.2 de la Constitución ni con la general reserva de ley establecida en este ámbito por el artículo 31.3 de la norma fundamental”, pues esa reserva no se compadece “con habilitaciones indeterminadas para la configuración de los elementos esenciales de los tributos”.

Las entidades locales, en los términos previstos en la ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por



la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos. SIMÓN ACOSTA entiende que la tasa es un tributo que debe ser definido desde el principio de justicia que informa la figura: el principio de provocación de costes.

En todo caso, tendrán la consideración de tasas las prestaciones patrimoniales que establezcan las entidades locales por:

- A. La utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local.
- B. La prestación de un servicio público o la realización de una actividad administrativa en régimen de derecho público de competencia local que se refiera, afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo, cuando se produzca cualquiera de las circunstancias siguientes:
  - a. Que no sean de solicitud o recepción voluntaria para los administrados. A estos efectos, no se considerará voluntaria la solicitud o la recepción por parte de los administrados:
    - Cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias.
    - Cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.
  - b. Que no sean prestados o realizados por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

Se entenderá que la actividad administrativa o servicio afecta o se refiere al sujeto pasivo cuando fuese motivado directa o indirectamente por este en razón de que sus actuaciones u omisiones obliguen a las entidades locales la realizar de oficio actividades o a prestar servicios por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico, o cualquiera otras. PLAZA VÁZQUEZ recuerda aquí que para exigir una tasa a un ciudadano es necesario que este se beneficie de la actividad o que, de algún modo, la haya provocado; cuando el servicio afecta a la generalidad de los ciudadanos sin

individualización posible, no cabe el establecimiento de tasas.

Constituye el hecho imponible de las contribuciones especiales la obtención por el sujeto pasivo de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, de carácter local, por las entidades respectivas.

Tendrán la consideración de obras y servicios locales:

- a. Los que realicen las entidades locales dentro del ámbito de sus competencias para cumplir los fines que les estén atribuidos, excepción hecha de los que aquellas ejecuten a título de dueños de sus bienes patrimoniales.
- b. Los que realicen dichas entidades por haberles sido atribuidos o delegados por otras entidades públicas y aquellos cuya titularidad asumiesen de acuerdo con la ley.
- c. Los que realicen otras entidades públicas, o los concesionarios de estos, con aportaciones económicas de la entidad local.

No perderán la consideración de obras o servicios locales los comprendidos en el párrafo *a* del apartado anterior, aunque sean realizados por organismos autónomos o sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a una entidad local, por concesionarios con aportaciones de dicha entidad o por asociaciones de contribuyentes. Las cantidades recaudadas por contribuciones especiales solamente podrán destinarse a sufragar los gastos de la obra o del servicio por cuya razón se exigirán.

Las entidades locales participarán en los tributos del Estado en la cuantía y según los criterios que se establecen en la ley. El Tribunal Constitucional ha perfilado los límites de la regulación jurídica de estas participaciones en sentencias como la 1/1981, 179/1985 y 19/1987, entre otras.

Asimismo, las entidades locales participarán en los tributos propios de las comunidades autónomas en la forma y cuantía determinadas por las leyes de sus respectivos parlamentos. La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1990 señala que las

transferencias y subvenciones de las comunidades autónomas a los entes locales deben distribuirse según criterios objetivos y razonables, pues de otro modo podrían resultar vulnerados los principios constitucionales de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Las subvenciones de toda índole que obtengan las entidades locales, con destino a sus obras y servicios no podrán ser aplicadas a atenciones distintas de aquellas para las que fueron otorgadas, salvo, en su caso, los sobrantes no reintegrables cuya utilización no estuviese prevista en la concesión.

Para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades públicas otorgantes de las subvenciones podrán verificar el destino dado a estas. Si tras las actuaciones de verificación resultase que las subvenciones no fueron destinadas a los fines para los que se hubiesen concedido, la entidad pública otorgante exigirá el reintegro de su importe o podrá compensarlo con otras subvenciones o transferencias a que haya tenido derecho la entidad afectada, con independencia de las responsabilidades a que ha lugar.

Las entidades locales podrán establecer precios públicos por la prestación de servicios o la realización de actividades de la competencia de la entidad local, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias especificadas en la ley.

Estarán obligados al pago de los precios públicos aquellos que se benefician de los servicios o actividades por los que deban satisfacerse aquellos.

El importe de los precios públicos deberá cubrir, como mínimo, el coste del servicio prestado o de la actividad realizada cuando existan razones sociales, benéficas, culturales o de interés público que así lo aconsejen; la entidad podrá fijar precios públicos por debajo del límite previsto en el apartado anterior. En estos casos deberán consignarse en los presupuestos de la entidad las dotaciones oportunas para la cobertura de la diferencia resultante si la hubiese.

Las entidades locales podrán exigir los precios públicos en régimen de autoliquidación.

En los términos previstos en la ley, las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes podrán concertar operaciones de crédito en todas sus modalidades, tanto a corto como a largo plazo, así como operaciones financieras de cobertura y gestión del riesgo del tipo de interés y del tipo de cambio.

Para la financiación de sus inversiones, así como para la sustitución total o parcial de operaciones preexistentes, las entidades locales, sus organismos autónomos y los entes y sociedades mercantiles dependientes que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado podrán acudir al crédito público y privado, a largo plazo, en cualquiera de sus formas.

El crédito podrá instrumentarse mediante:

- a. Emisión pública de deuda.
- b. Contratación de préstamos o créditos.
- c. Cualquier otra apelación al crédito público o privado.
- d. Conversión y sustitución total o parcial de operaciones preexistentes.

La deuda pública de las entidades locales y los títulos-valores de carácter equivalente emitidos por estas gozarán de los mismos beneficios y condiciones que la deuda pública emitida del Estado.

Este panorama normativo en lo tocante a la financiación local es criticado por una parte de la doctrina hacendística (VILALTA FERRER) que postula su reforma en la búsqueda de un nuevo escenario de ingresos de los gobiernos locales.

#### Los presupuestos generales de las entidades locales

Constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer la entidad, y sus organismos autónomos, y de los derechos que prevean liquidar durante el correspondiente ejercicio, así como de las previsiones de ingresos y gastos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local correspondiente.

El ejercicio presupuestario coincidirá con el año natural, principio de anualidad que según RIVERO es una consecuencia de la función que el presupuesto desempeña como plan económico de la entidad local, y a el se imputarán:

- Los derechos liquidados en el ejercicio, cualquiera que sea el período de que deriven.
- Las obligaciones reconocidas durante el ejercicio.

Las entidades locales elaborarán y aprobarán anualmente un presupuesto general en el que se integrarán:

- a. El presupuesto de la propia entidad.
- b. Los de los organismos autónomos dependientes de esta.
- c. Los estados de previsión de gastos e ingresos de las sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local.

Los organismos autónomos de las entidades locales se clasifican, a efectos de su régimen presupuestario y contable, en la forma siguiente:

- a. Organismos autónomos de carácter administrativo.
- b. Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo.

Las normas de creación de cada organismo autónomo deberán indicar expresamente su carácter.

Contenido de los presupuestos integrantes del presupuesto general.

El presupuesto general atenderá al cumplimiento del principio de estabilidad en los términos previstos en la Ley 18/2001, general de estabilidad presupuestaria, y contendrá para cada uno de los presupuestos que en él se integren:

- a. Los estados de gastos, en los que se incluirán, con la debida especificación, los créditos necesarios para atender al cumplimiento de las obligaciones.

- b. Los estados de ingresos, en los que figurarán las estimaciones de los distintos recursos económicos a liquidar durante el ejercicio.

Asimismo, incluirá las bases de ejecución, que contendrán la adaptación de las disposiciones generales en materia presupuestaria a la organización y circunstancias de la propia entidad, así como aquellas otras necesarias para su acertada gestión, estableciendo cuantas prevenciones se consideren oportunas o convenientes para la mejor realización de los gastos y recaudación de los recursos, sin que puedan modificar lo legislado para la administración económica ni comprender preceptos de orden administrativo que requieran legalmente procedimiento y solemnidades específicas distintas de lo previsto para el presupuesto.

Los recursos de la entidad local y de cada uno de sus organismos autónomos y sociedades mercantiles se destinarán a satisfacer el conjunto de sus respectivas obligaciones, salvo en el caso de ingresos específicos afectados a fines determinados.

Los derechos liquidados y las obligaciones reconocidas se aplicarán a los presupuestos por su importe íntegro, quedando prohibido atender obligaciones mediante minoración de los derechos a liquidar o ya ingresados, salvo que la ley lo autorice de modo expreso.

Se exceptúan de lo anterior las devoluciones de ingresos que se declaren indebidos por tribunal o autoridad competentes. Cada uno de los presupuestos que se integran en el presupuesto general deberá aprobarse sin déficit inicial.

Al presupuesto general se unirán como anexos:

- a. Los planes y programas de inversión y financiación que, para un plazo de cuatro años, podrán formular los municipios y demás entidades locales de ámbito supramunicipal.
- b. Los programas anuales de actuación, inversiones y financiación de las sociedades mercantiles de cuyo capital social sea titular único o partícipe mayoritario la entidad local.
- c. El estado de consolidación del presupuesto de la propia entidad con el de todos los

presupuestos y estados de previsión de sus organismos autónomos y sociedades mercantiles.

- d. El estado de previsión de movimientos y situación de la deuda comprensiva del detalle de operaciones de crédito o de endeudamiento pendientes de reembolso al principio del ejercicio, de las nuevas operaciones previstas a realizar a lo largo del ejercicio y del volumen de endeudamiento al cierre del ejercicio económico, con distinción de operaciones a corto plazo, operaciones a largo plazo, de recurrencia al mercado de capitales y realizadas en divisas o similares, así como de las amortizaciones que se prevea realizar durante el mismo ejercicio.

El plan de inversiones, que se deberá coordinar, en su caso, con el programa de actuación y planes de etapas de planeamiento urbanístico, se completará con el programa financiero, que contendrá:

- a. La inversión prevista para realizar en cada uno de los cuatro ejercicios.
- b. Los ingresos por subvenciones, contribuciones especiales, cargas de urbanización, recursos patrimoniales y otros ingresos de capital que se prevea obtener en dichos ejercicios, así como una proyección del resto de los ingresos previstos en el citado período.
- c. Las operaciones de crédito que resulten necesarias para completar la financiación, con indicación de los costes que vayan a generar.

De los planes y programas de inversión y financiación se dará cuenta, en su caso, al Pleno de la Corporación, coincidiendo con la aprobación del presupuesto, y deberán revisarse anualmente, añadiendo un nuevo ejercicio a sus previsiones.

El Ministerio de Hacienda establecerá con carácter general la estructura de los presupuestos de las entidades locales, teniendo en cuenta la naturaleza económica de los ingresos y de los gastos, las finalidades u objetivos que con estos últimos se propongan conseguir y de acuerdo con los criterios que se establecen en los siguientes apartados de este artículo.

Las entidades locales podrán clasificar los gastos e ingresos atendiendo a su propia estructura de acuerdo con sus reglamentos o decretos de organización. Los estados de gastos de los presupuestos generales de las entidades locales aplicarán la clasificación por programas y la clasificación económica de acuerdo con los siguientes criterios, recogidos en el artículo 167 según la redacción dada por la disposición final décima de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas:

- a) La clasificación por programas, que constará de los siguientes niveles: el primero relativo al área de gasto; el segundo, a la política de gasto; el tercero, a los grupos de programas, que se subdividirán en programas. Esta clasificación podrá ampliarse en más niveles, relativos a subprogramas respectivamente.

En todo caso, y con las peculiaridades que puedan concurrir en el ámbito de las entidades locales, los niveles de área de gasto y de política de gasto se ajustarán a los establecidos para la Administración del Estado.

- b) La clasificación económica presentará con separación los gastos corrientes y los gastos de capital, de acuerdo con los siguientes criterios:

En los créditos para gastos corrientes se incluirán los de funcionamiento de los servicios, los de intereses y las transferencias corrientes.

En los créditos para gastos de capital, los de inversiones reales, las transferencias de capital y las variaciones de activos y pasivos financieros.

- c) La clasificación económica constará de tres niveles, el primero relativo al capítulo; el segundo, al artículo, y el tercero, al concepto. Esta clasificación podrá ampliarse en uno o dos niveles, relativos al subconcepto y a la partida respectivamente.

En todo caso, los niveles de capítulo y artículo habrán de ser los mismos que los establecidos para la Administración del Estado.

La partida presupuestaria cuya expresión cifrada constituye el crédito presupuestario vendrá definida, al menos, por la conjunción de las clasificaciones por programas y



económica, a nivel de grupo de programa o programa y concepto y subconcepto respectivamente.

En caso de que la entidad local opte por utilizar la clasificación orgánica, ésta integrará asimismo la partida presupuestaria. El control contable de los gastos se realizará sobre la partida presupuestaria antes definida, y el fiscal, sobre el nivel de vinculación determinado.

Procedimiento de elaboración y aprobación inicial.

Este procedimiento se encuentra regulado en el artículo 168 del RDL 2/2004, que fue modificado por el Real decreto ley 17/2014, de 26 de diciembre

El presupuesto de la entidad local será formado por su presidente y a él habrá de unirse la siguiente documentación:

- a. Memoria explicativa de su contenido y de las principales modificaciones que presente en relación con el vigente.
- b. Liquidación del presupuesto del ejercicio anterior y avance de la del corriente, referida, al menos, a seis meses del ejercicio corriente.
- c. Anexo de personal de la entidad local.
- d. Anexo de las inversiones a realizar en el ejercicio.
- e. Anexo de beneficios fiscales en tributos locales conteniendo información detallada de los beneficios fiscales y su incidencia en los ingresos de cada entidad local.
- f. Anexo con información relativa a los convenios suscritos con las comunidades autónomas en materia de gasto social, con especificación de la cuantía de las obligaciones de pago y de los derechos económicos que se deben reconocer en el ejercicio a que se refiere el presupuesto general y de las obligaciones pendientes de pago y derechos económicos pendientes de cobro, reconocidos en ejercicios anteriores, así como de la aplicación o partida presupuestaria en que se recogen, y la referencia a que dichos convenios incluyen la cláusula de retención de recursos

del sistema de financiación a que se refiere el artículo 57 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

- g. Un informe económico-financiero, en el que se expongan las bases utilizadas para la evaluación de los ingresos y de las operaciones de crédito previstas, la suficiencia de los créditos para atender el cumplimiento de las obligaciones exigibles y los gastos de funcionamiento de los servicios y, en consecuencia, la efectiva nivelación del presupuesto.

El presupuesto de cada uno de los organismos autónomos integrantes del general, propuesto inicialmente por el órgano competente de aquellos, será remitido a la entidad local de la que dependan antes del 15 de septiembre de cada año, acompañado de la documentación detallada en el apartado anterior.

Las sociedades mercantiles, incluso de aquellas en cuyo capital sea mayoritaria la participación de la entidad local, remitirán a esta, antes del día 15 de septiembre de cada año, sus previsiones de gastos e ingresos, así como los programas anuales de actuación, inversiones y financiación para el ejercicio siguiente.

Sobre la base de los presupuestos y estados de previsión, el presidente de la entidad formará el presupuesto general y lo remitirá, informado por la Intervención y con los anexos y documentación complementaria, al Pleno de la Corporación antes del día 15 de octubre para su aprobación, enmienda o devolución.

El acuerdo de aprobación, que será único, habrá de detallar los presupuestos que integran el presupuesto general, no pudiendo aprobarse ninguno de ellos separadamente.

Aprobado inicialmente el presupuesto general, se expondrá al público, previo anuncio en el boletín oficial de la provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial, por 15 días, durante los cuales los interesados podrán examinarlos y presentar reclamaciones ante el Pleno. El presupuesto se considerará definitivamente aprobado si durante dicho plazo no se hubiesen presentado reclamaciones; en caso contrario, el Pleno dispondrá de un plazo de un mes para resolverlas.

La aprobación definitiva del presupuesto general por el Pleno de la Corporación habrá de realizarse antes del día 31 de diciembre del año anterior al del ejercicio en que se deba aplicar.

El presupuesto general, definitivamente aprobado, será insertado en el boletín oficial de la corporación, so lo tuviese, y, resumido por capítulos de cada uno de los presupuestos que lo integran, en el de la provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial.

Del presupuesto general definitivamente aprobado se remitirá copia a la Administración del Estado y a la correspondiente Comunidad Autónoma. La remisión se realizará simultáneamente al envío al boletín oficial a que se refiere el apartado anterior. El presupuesto entrará en vigor, en el ejercicio correspondiente, una vez publicado en la forma prevista en la ley.

Si al iniciarse el ejercicio económico no hubiese entrado en vigor el presupuesto correspondiente, se considerará automáticamente prorrogado el del anterior, con sus créditos iniciales, sin perjuicio de las modificaciones que se realicen conforme a lo dispuesto en la ley y hasta la entrada en vigor del nuevo presupuesto; la prórroga no afectará a los créditos para servicios o programas que deban concluir en el ejercicio anterior o que estén financiados con crédito u otros ingresos específicos o afectados.

La copia del presupuesto y de sus modificaciones deberá estar a disposición del público, a efectos informativos, desde su aprobación definitiva hasta la finalización del ejercicio.

A efectos del examen del presupuesto y de la presentación de reclamaciones, tendrán la consideración de interesados:

- a. Los habitantes en el territorio de la respectiva entidad local.
- b. Los que resulten directamente afectados, aunque no habiten en el territorio de la entidad local.
- c. Los colegios oficiales, cámaras oficiales, sindicatos, asociaciones y demás entidades legalmente constituidas para velar por intereses profesionales o económicos y vecinales cuando actúen en defensa de los que les son propios.

Únicamente podrán establecerse reclamaciones contra el presupuesto:

- a. Por no ajustarse su elaboración y aprobación a los trámites establecidos en esta ley.
- b. Por omitir el crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título legítimo.
- c. Por ser de manifiesta insuficiencia los ingresos con relación a los gastos presupuestados o bien de estos respecto a las necesidades para las que esté previsto.

Contra la aprobación definitiva del presupuesto podrá interponerse directamente recurso contencioso-administrativo, en la forma y plazos que establecen las normas de dicha jurisdicción. El Tribunal de Cuentas deberá informar previamente a la resolución del recurso cuando la impugnación afecte o se refiera a la nivelación presupuestaria.

La interposición de recursos no suspenderá por sí sola la aplicación del presupuesto definitivamente aprobado por la Corporación.

**XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ**

PROFESOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD DE VIGO

**REVISADO Y ACTUALIZADO POR LORENA PEITEADO PÉREZ**

LETRADA XUNTA DE GALICIA,

**TEMA ELABORADO A PARTIR, ENTRE OTRA, DE LA SIGUIENTE BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA:**

“El sistema de fuentes de las entidades locales (I)”. Antonio Serrano Pascual. *Cuadernos de derecho local*, ISSN 1696-0955, n.º 2, 2003, págs. 7-41.

“Bienes de las entidades locales: bienes de dominio público, bienes patrimoniales, bienes

comunales". Alfredo Dagnino Guerra. *El derecho local en la doctrina del Consejo de Estado* / coord. por Jerónimo Arozamena Sierra, 2002, ISBN 84-340-1309-6, págs. 365-460.

*El derecho de bienes de las entidades locales.* María Jesús Gallardo Castillo. Madrid: Editorial La Ley, El Consultor, 2007.

*La Hacienda local en España: entre la reforma del sistema de financiación y la Ley de Estabilidad Presupuestaria.* José Manuel González-Páramo Martínez-Murillo. Análisis local, ISSN 1575-5266, n.º 50, 2003, págs. 25-32.

*Las haciendas locales: esas grandes olvidadas.* Juan José Zornoza Pérez, Javier Martín Fernández. *Papeles de economía española*, ISSN 0210-9107, n.º 115, 2008. (Ejemplar dedicado a: Competencia, financiación y gestión de los entes locales. Elementos para un debate), págs. 81-100.

*Las haciendas locales. Situación actual y perspectivas.* José María Farfán Pérez. *Las haciendas locales: situación actual y líneas de reforma* / coord. por Manuel Medina Guerrero, Antonio Arroyo Gil, 2005, ISBN 84-609-7875-3, págs. 103-116.

## **TEMA 12**

**LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LAS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. COMUNICACIONES A LAS COMUNIDADES EUROPEAS.**

## **TEMA 12. LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LAS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN LOCAL. COMUNICACIONES A LAS COMUNIDADES EUROPEAS.**

### **I. LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

#### **1. PRINCIPIOS RECTORES**

Tal y como las define RIVERO YSERN, las relaciones interadministrativas son aquellas que, en virtud de las previsiones del Ordenamiento jurídico, pueden originarse entre dos o más esferas administrativas.

Conviene precisar que cuando hablamos de relaciones administrativas podemos estar refiriéndonos tanto a las relaciones interorgánicas, es decir, las que se producen entre órganos de una misma Administración, como a las relaciones intersubjetivas, que son las establecidas entre sujetos de Administraciones diferentes. A estas últimas nos vamos a referir aquí.

Pues bien, las normas que disciplinan las relaciones entre las distintas Administraciones públicas dentro del mismo Estado son de aparición relativamente reciente y, sin embargo, adquieren en la actualidad una singular importancia por la complejidad creciente de las necesidades públicas que la Administración debe atender y que en muchos casos no se pueden satisfacer con la actuación de un solo sujeto público. Esta realidad requiere ser abordada con una fluida relación entre las Administraciones públicas y un marco de actuación común a todas ellas.

Como señala el profesor SOSA WAGNER, las distintas fórmulas de colaboración y cooperación entre las Administraciones públicas, responden a los principios del llamado “federalismo cooperativo”, que es la expresión con que se ha designado a las modernas fórmulas federales y que significa que el ejercicio de las competencias por los diferentes centros de poder territorial se hace de forma coordinada como resultado o fruto de la lealtad que debe presidir las relaciones entre los sujetos públicos.

Partiendo de una estructura de Estado complejo, como es el nuestro, en el que concurren diversas administraciones públicas sobre el mismo territorio, el ejercicio de los distintos

poderes que cada una de ellas ostenta requiere, por la razón apuntada, el establecimiento y articulación de normas reguladoras de las mutuas relaciones entre los distintos planos estatal, autonómico y local. Así, es un principio comúnmente aceptado el de que el ejercicio de las competencias por las diferentes Administraciones que concurren sobre un mismo territorio deba hacerse de un forma leal, coordinada y solidaria.

De tales principios rectores se hace eco la Constitución española en su artículo 103.1, cuando establece que la Administración sirve con objetividad a los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, para luego precisar que actuará con sometimiento a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 143/1985, de 24 de octubre, recuerda que el respeto al principio de coordinación es una consecuencia de la unidad transcendental de los intereses públicos dentro de un mismo Estado, como técnica que asegura la complementariedad de actuaciones políticas y administrativas de las distintas administraciones públicas.

Estas relaciones se establecen en la mayoría de los casos en un plano horizontal en el que, por tanto, el posicionamiento de las Administraciones públicas relacionadas se sitúa en condición de igualdad. La posición de superioridad de la Administración general del Estado, bien sea en relación a las Comunidades autónomas o bien lo sea en relación a las Corporaciones locales, sólo se produce, normalmente, cuando interviene de manera decisiva el interés nacional.

La regulación general de la materia está contenida en el título III de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. En su Preámbulo se indica que se establece un régimen completo de las relaciones entre las distintas Administraciones públicas, que deberán sujetarse a nuevos principios rectores cuya última ratio se halla en los artículos 2, 14 y 138 de la Constitución, como la adecuación al sistema de distribución de competencias, la solidaridad interterritorial, la programación y evaluación de resultados y el respeto a la igualdad de derechos de todos los ciudadanos.

Siguiendo la jurisprudencia constitucional, se definen y diferencian dos principios clave de las relaciones entre Administraciones: la cooperación, que es voluntaria y la coordinación, que es



obligatoria. Sobre esta base se regulan los diferentes órganos y formas de cooperar y coordinar.

De acuerdo con el artículo 140.1 de la Ley 40/2015, las diferentes Administraciones públicas actúan y se relacionan con otras Administraciones y entidades u organismos vinculados o dependientes de éstas de acuerdo con los siguientes principios:

- a) Lealtad institucional.
- b) Adecuación al orden de distribución de competencias establecido en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía y en la normativa del régimen local.
- c) Colaboración, entendido como el deber de actuar con el resto de Administraciones públicas para el logro de fines comunes.
- d) Cooperación, cuando dos o más Administraciones públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común.
- e) Coordinación, en virtud del cual una Administración pública y, singularmente, la Administración general del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común, cuando así lo prevé la Constitución y el resto del Ordenamiento jurídico.
- f) Eficiencia en la gestión de los recursos públicos, compartiendo el uso de recursos comunes, salvo que no resulte posible o se justifique en términos de su mejor aprovechamiento.
- g) Responsabilidad de cada Administración pública en el cumplimiento de sus obligaciones y compromisos.
- h) Garantía e igualdad en el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos en sus relaciones con las diferentes Administraciones.
- i) Solidaridad interterritorial de acuerdo con la Constitución.

El título III de la Ley 40/2015 se aplica tanto a las relaciones entre la Administración general del Estado y las Administraciones de las Comunidades autónomas, como a las relaciones entre éstas y las entidades locales, aunque hay que tener en cuenta que estas últimas

relaciones, en lo no previsto por la Ley 40/2015, se regirán por la legislación básica en materia de régimen local (artículo 140.2 de la Ley 40/2015).

## **2. EL DEBER DE COLABORACIÓN**

Las relaciones de colaboración son las más comunes entre Administraciones públicas. Son el resultado de la existencia de varias Administraciones, dotadas de autonomía, ejerciendo sus competencias sobre el mismo territorio. Por tanto, la existencia de un deber de colaboración entre las distintas Administraciones públicas es una consecuencia misma del modelo de organización territorial que la Constitución establece: este modelo de algún modo impone poner en marcha las relaciones de colaboración mediante la asistencia recíproca, intercambio de información y los demás mecanismos legalmente previstos.

Esta visión es recogida por la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, cuando señala que la existencia de deberes recíprocos de intercambio de información entre las Administraciones públicas implicadas es una consecuencia del principio general de colaboración que debe presidir las relaciones entre éstas deber este que no es preciso justificar en la existencia de preceptos legales concretos, por cuanto es consecuencia de nuestro modelo territorial.

### *- Contenido del deber de colaboración*

En este sentido, el artículo 140.1.c) de la Ley 40/2015 define la colaboración como el deber de actuar con el resto de Administraciones públicas para el logro de fines comunes. A continuación, el artículo 141.1 concreta el contenido de ese deber, que incluye:

- a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias.
- b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones.
- c) Facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias o que sea necesaria para que los ciudadanos puedan acceder de forma integral a la información relativa a una materia.
- d) Prestar, en el ámbito propio, la asistencia que las otras Administraciones pudieran solicitar para el eficaz ejercicio de sus competencias.

e) Cumplir con las obligaciones concretas derivadas del deber de colaboración y las restantes que se establezcan normativamente.

El apartado 2 del artículo 141 completa esta concreción del deber de colaboración enumerando los supuestos en que es legítimo negar la asistencia y colaboración requeridas:

- Cuando el organismo público o la entidad del que se solicita no esté facultado para prestarla de acuerdo con lo previsto en su normativa específica.
- Cuando no disponga de medios suficientes para ello.
- Cuando, de hacerlo, causaría un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones.
- Cuando la información solicitada tenga carácter confidencial o reservado.

En todo caso, la negativa a prestar la asistencia tiene que comunicarse motivadamente a la Administración solicitante.

Añade el apartado 3 del artículo 141 de la Ley 40/2015 que la Administración general del Estado, las de las Comunidades autónomas y las de las entidades locales deberán colaborar y auxiliarse para la ejecución de sus actos que hayan de realizarse o tengan efectos fuera de sus respectivos ámbitos territoriales. Los posibles costes que pueda generar el deber de colaboración podrán ser repercutidos cuando así se acuerde.

*- Técnicas de colaboración*

De acuerdo con el artículo 142 de la Ley 40/2015, las obligaciones que se derivan del deber de colaboración se harán efectivas, entre otras, a través de las siguientes técnicas:

- a) El suministro de información, datos, documentos o medios probatorios que se hallen a disposición del organismo público o la entidad al que se dirige la solicitud y que la Administración solicitante precise disponer para el ejercicio de sus competencias.
- b) La creación y mantenimiento de sistemas integrados de información administrativa con el fin de disponer de datos actualizados, completos y permanentes referentes a los diferentes ámbitos de actividad administrativa en todo el territorio nacional.
- c) El deber de asistencia y auxilio, para atender las solicitudes formuladas por otras Administraciones para el mejor ejercicio de sus competencias, en especial cuando los efectos

de su actividad administrativa se extiendan fuera de su ámbito territorial.

### **3. EL PRINCIPIO DE COOPERACIÓN**

#### *- Definición legal*

De acuerdo con el artículo 140.1.d) de la Ley 40/2015, se entiende que hay cooperación cuando dos o más Administraciones públicas, de manera voluntaria y en ejercicio de sus competencias, asumen compromisos específicos en aras de una acción común.

Por consiguiente, la cooperación se caracteriza por la voluntariedad, tal como reafirma el artículo 143 de la Ley 40/2015 cuando señala que las Administraciones cooperarán al servicio del interés general y podrán acordar de manera voluntaria la forma de ejercer sus respectivas competencias que mejor sirva a este principio, añadiendo que la formalización de relaciones de cooperación requerirá la aceptación expresa de las partes, formulada en acuerdos de órganos de cooperación o en convenios.

#### *- Técnicas de cooperación*

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este aspecto en el sentido de reconocer un cierto margen de discrecionalidad en la utilización de los distintos instrumentos para llevar a cabo la cooperación (entre otras, sentencia 118/1998, de 4 de junio). Ahora bien, también el Tribunal Constitucional ha insistido en que, en todo caso, la puesta en marcha de dichos instrumentos en ningún caso permite alterar las competencias de cada una de las administraciones actuantes (entre otras, sentencia 13/1992, de 6 de febrero).

En esta línea, la Ley 40/2015 no contiene un catálogo cerrado de las técnicas de cooperación entre Administraciones públicas, sino que en su artículo 144.1 indica que se podrá dar cumplimiento al principio de cooperación de acuerdo con las técnicas que las Administraciones interesadas estimen más adecuadas, enunciado a modo ejemplificativo las siguientes:

- a) La participación en órganos de cooperación, con el fin de deliberar y, en su caso, acordar medidas en materias sobre las que tengan competencias diferentes Administraciones públicas.
- b) La participación en órganos consultivos de otras Administraciones públicas.
- c) La participación de una Administración pública en organismos públicos o entidades

dependientes o vinculados a otra Administración diferente.

d) La prestación de medios materiales, económicos o personales a otras Administraciones públicas.

e) La cooperación interadministrativa para la aplicación coordinada de la normativa reguladora de una determinada materia.

f) La emisión de informes no preceptivos con el fin de que las diferentes Administraciones expresen su criterio sobre propuestas o actuaciones que incidan en sus competencias.

g) Las actuaciones de cooperación en materia patrimonial, incluidos los cambios de titularidad y la cesión de bienes, previstas en la legislación patrimonial.

El artículo 144 añade que en los convenios y acuerdos en los que se formalice la cooperación se preverán las condiciones y compromisos que asumen las partes que los suscriben. Asimismo, cada Administración pública mantendrá actualizado un registro electrónico de los órganos de cooperación en los que participe y de convenios que haya suscrito.

#### *- Órganos de cooperación*

El artículo 145 de la Ley 40/2015 se ocupa en particular de los órganos de cooperación, que se definen como los órganos de composición multilateral o bilateral, de ámbito general o especial, constituidos por representantes de la Administración general del Estado, de las Administraciones de las comunidades o Ciudades de Ceuta y Melilla o, en su caso, de las entidades locales, para acordar voluntariamente actuaciones que mejoren el ejercicio de las competencias que cada Administración pública tiene.

Estos órganos se rigen por lo dispuesto en la Ley 40/2015 y por las disposiciones específicas que les sean de aplicación. Si en ellos participa la Administración general del Estado, deberán inscribirse en el Registro estatal de órganos e instrumentos de cooperación para que resulte válida su sesión constitutiva.

Los órganos de cooperación, salvo oposición por alguna de las partes, podrán adoptar acuerdos a través de un procedimiento simplificado y por suscripción sucesiva de las partes, por cualquiera de las formas admitidas en Derecho, en los términos que se establezcan de común acuerdo.

#### **4. LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS**

##### *- Definición legal*

La cooperación entre Administraciones públicas se articula con mucha frecuencia a través de la suscripción de los correspondientes convenios, que tienen su regulación básica en el capítulo VI del título preliminar de la Ley 40/2015. En concreto, los que interesan a estos efectos son los mencionados en el artículo 47.2.a) de la ley: convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas.

Hay que tener en cuenta que de esta regulación quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más Comunidades autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de Autonomía. Asimismo, el artículo 47.1 de la Ley 40/2015 aclara que no tienen la consideración de convenios, los protocolos generales de actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles.

Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

##### *- Requisitos de validez y eficacia*

De acuerdo con el artículo 48 de la Ley 40/2015, la suscripción de convenios no puede suponer cesión de la titularidad de la competencia y deberá cumplir los siguientes fines:

- Mejorar la eficiencia de la gestión pública.
- Facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos.
- Contribuir a la realización de actividades de utilidad pública.

- Cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

La gestión, justificación y resto de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios que incluyan compromisos financieros para la Administración pública o cualquiera de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes que lo suscriban, así como con los fondos comprometidos en virtud de dichos convenios se ajustarán a lo dispuesto en la legislación presupuestaria. Asimismo, los convenios que incluyan compromisos financieros deberán ser financieramente sostenibles, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio. Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio.

Cuando el convenio instrumente una subvención, deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable. Asimismo, cuando el convenio tenga por objeto la delegación de competencias en una entidad local, deberá cumplir con lo dispuesto en Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

Los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes. En el caso de los suscritos por la Administración general del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades de Derecho público vinculados o dependientes, es requisito de eficacia la inscripción en el Registro electrónico estatal de órganos e instrumentos de cooperación del sector público estatal y la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Previamente y con carácter facultativo, se podrán publicar en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o de la provincia que corresponda a la otra Administración firmante.

#### - *Contenido*

El artículo 49 de la Ley 40/2015 prevé que los convenios deberán incluir, al menos, las siguientes materias:

- a) Sujetos que suscriben el convenio y la capacidad jurídica con que actúa cada una de las partes.
- b) La competencia en la que se fundamenta la actuación de la Administración pública, de los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella o de las Universidades públicas.

- c) Objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos.
- d) Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria.
- e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento.
- f) Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes. Este mecanismo resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios.
- g) El régimen de modificación del convenio. A falta de regulación expresa la modificación del contenido del convenio requerirá acuerdo unánime de los firmantes.
- h) Plazo de vigencia del convenio teniendo en cuenta las siguientes reglas:
  - 1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.
  - 2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción.

*- Trámites preceptivos para la suscripción de convenios y sus efectos*

Sin perjuicio de las especialidades que la legislación autonómica pueda prever, será necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en la Ley 40/2015.

Los convenios que suscriba la Administración general del Estado o sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes se acompañarán además de:

- a) El informe de su servicio jurídico. No será necesario solicitar este informe cuando el convenio se ajuste a un modelo normalizado informado previamente por el servicio jurídico que corresponda.



- b) Cualquier otro informe preceptivo que establezca la normativa aplicable.
- c) La autorización previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas para su firma, modificación, prórroga y resolución por mutuo acuerdo entre las partes.
- d) Cuando los convenios plurianuales suscritos entre Administraciones públicas incluyan aportaciones de fondos por parte del Estado para financiar actuaciones a ejecutar exclusivamente por parte de otra Administración pública y el Estado asuma, en el ámbito de sus competencias, los compromisos frente a terceros, la aportación del Estado de anualidades futuras estará condicionada a la existencia de crédito en los correspondientes presupuestos.
- e) Los convenios interadministrativos suscritos con las Comunidades autónomas, serán remitidos al Senado por el Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas.

*- Extinción*

Según el artículo 51 de la Ley 40/2015, los convenios se extinguen por el cumplimiento de las actuaciones que constituyen su objeto o por incurrir en causa de resolución.

Son causas de resolución:

- a) El transcurso del plazo de vigencia del convenio sin haberse acordado la prórroga del mismo.
- b) El acuerdo unánime de todos los firmantes.
- c) El incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.

En este caso, cualquiera de las partes podrá notificar a la parte incumplidora un requerimiento para que cumpla en un determinado plazo con las obligaciones o compromisos que se consideran incumplidos. Este requerimiento será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y a las demás partes firmantes.

Si trascurrido el plazo indicado en el requerimiento persistiera el incumplimiento, la parte que lo dirigió notificará a las partes firmantes la concurrencia de la causa de resolución y se entenderá resuelto el convenio. La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados si así se hubiera previsto.

d) Por decisión judicial declaratoria de la nulidad del convenio.

e) Por cualquier otra causa distinta de las anteriores prevista en el convenio o en otras leyes.

De acuerdo con el artículo 52 de la Ley 40/2015, el cumplimiento y la resolución de los convenios dará lugar a la liquidación de los mismos con el objeto de determinar las obligaciones y compromisos de cada una de las partes.

En el supuesto de convenios de los que deriven compromisos financieros, se entenderán cumplidos cuando su objeto se haya realizado en los términos y a satisfacción de ambas partes, de acuerdo con sus respectivas competencias, teniendo en cuenta las siguientes reglas:

a) Si de la liquidación resultara que el importe de las actuaciones ejecutadas por alguna de las partes fuera inferior a los fondos que la misma hubiera recibido del resto de partes del convenio para financiar dicha ejecución, aquella deberá reintegrar a estas el exceso que corresponda a cada una, en el plazo máximo de un mes desde que se hubiera aprobado la liquidación.

Transcurrido el plazo máximo de un mes, mencionado en el párrafo anterior, sin que se haya producido el reintegro, se deberá abonar a dichas partes, también en el plazo de un mes a contar desde ese momento, el interés de demora aplicable al citado reintegro, que será en todo caso el que resulte de las disposiciones de carácter general reguladoras del gasto público y de la actividad económico-financiera del sector público.

b) Si fuera superior, el resto de partes del convenio, en el plazo de un mes desde la aprobación de la liquidación, deberá abonar a la parte de que se trate la diferencia que corresponda a cada una de ellas, con el límite máximo de las cantidades que cada una de ellas se hubiera comprometido a aportar en virtud del convenio. En ningún caso las partes del convenio tendrán derecho a exigir al resto cuantía alguna que supere los citados límites máximos.

No obstante lo anterior, si cuando concurra cualquiera de las causas de resolución del convenio existen actuaciones en curso de ejecución, las partes, a propuesta de la comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio o, en su defecto, del responsable del mecanismo a que hace referencia la letra f) del artículo 49, podrán acordar la continuación y finalización de las actuaciones en curso que consideren oportunas, estableciendo un plazo

improrrogable para su finalización, transcurrido el cual deberá realizarse la liquidación de las mismas.

## **II. LAS RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

Las relaciones entre la Administración general del Estado y las de las Comunidades autónomas se rigen esencialmente por tres principios: el de colaboración, que tanto la jurisprudencia constitucional como la Ley 40/2015 entienden como un deber, el de cooperación y el de coordinación.

Es frecuente añadir a éstos un cuarto principio que es el de participación, referido a la presencia de las Comunidades autónomas en la realización de tareas del Estado, en su conjunto, y que se concreta tanto en la presencia de senadores, designados por las Comunidades autónomas en la Cámara Alta (artículo 69.5 de la CE), como a la participación de estas en la actividad legislativa del Estado, que se plasma en la iniciativa legislativa autonómica ante las Cortes Generales (artículo 87.2 de la CE y 10.1.f) del Estatuto de Autonomía de Galicia).

### **1. TÉCNICAS ORGÁNICAS DE COOPERACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

La Ley 40/2015 regula específicamente las técnicas orgánicas de cooperación entre el Estado y las Comunidades autónomas, que se plasman en tres tipos de órganos: la Conferencia de Presidentes, las Conferencias sectoriales y las Comisiones bilaterales de cooperación. Los dos primeros son órganos de cooperación multilateral, porque reúnen a representantes del Estado con representantes de todas la Comunidades autónomas, mientras que las segundas tienen carácter bilateral, al instrumentar las relaciones de una Comunidad autónoma concreta con el Estado.

#### *- La Conferencia de Presidentes*

El artículo 146 de la Ley 40/2015 define la Conferencia de Presidentes como un órgano de cooperación multilateral entre el Gobierno de la Nación y los respectivos Gobiernos de las Comunidades autónomas. Está formada por el Presidente del Gobierno, que la preside, y por los Presidentes de las Comunidades autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Su objeto es la deliberación de asuntos y la adopción de acuerdos de interés para el Estado y

las Comunidades autónomas. Está asistida para la preparación de sus reuniones por un Comité preparatorio del que forman parte un Ministro del Gobierno, que lo preside, y un Consejero de cada Comunidad autónoma.

*- Las Conferencias sectoriales*

De acuerdo con el artículo 147 de la Ley 40/2015, las conferencias sectoriales son órganos de cooperación, de composición multilateral y ámbito sectorial determinado, a diferencia del carácter no especializado que tiene la Conferencia de Presidentes.

Las Conferencias sectoriales tienen como Presidente al miembro del Gobierno que, en representación de la Administración general del Estado, resulte competente por razón de la materia, y la forman además los correspondientes miembros de los Consejos de Gobierno, en representación de las Comunidades autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.

Las Conferencias sectoriales, u órganos sometidos a su régimen jurídico con otra denominación, habrán de inscribirse en el Registro electrónico estatal de órganos e instrumentos de cooperación para su válida constitución.

Cada Conferencia sectorial dispondrá de un reglamento de organización y funcionamiento interno aprobado por sus miembros.

En cuanto a sus funciones, pueden ser de carácter consultivo, decisorio o de coordinación y estarán orientadas a alcanzar acuerdos sobre materias comunes. El artículo 148.2 de la Ley 40/2015 enuncia de manera no exhaustiva las siguientes:

- a) Ser informadas sobre los anteproyectos de leyes y los proyectos de reglamentos del Gobierno de la Nación o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades autónomas cuando afecten de manera directa al ámbito competencial de las otras Administraciones públicas o cuando así esté previsto en la normativa sectorial aplicable, bien a través de su pleno o bien a través de la comisión o el grupo de trabajo mandatado al efecto.
- b) Establecer planes específicos de cooperación entre Comunidades autónomas en la materia sectorial correspondiente, procurando la supresión de duplicidades, y la consecución de una mejor eficiencia de los servicios públicos.
- c) Intercambiar información sobre las actuaciones programadas por las distintas Administraciones públicas, en ejercicio de sus competencias, y que puedan afectar a las otras

Administraciones.

d) Establecer mecanismos de intercambio de información, especialmente de contenido estadístico.

e) Acordar la organización interna de la Conferencia aectorial y de su método de trabajo.

f) Fijar los criterios objetivos que sirvan de base para la distribución territorial de los créditos presupuestarios, así como su distribución al comienzo del ejercicio económico, de acuerdo con lo previsto en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria.

El régimen de convocatoria de las reuniones de las Conferencias sectoriales está previsto en el artículo 149 de la Ley 40/2015. Corresponde al Ministro que presida la Conferencia sectorial acordar la convocatoria de las reuniones por iniciativa propia, al menos una vez al año, o cuando lo soliciten, al menos, la tercera parte de sus miembros. En este último caso, la solicitud deberá incluir la propuesta de orden del día.

La convocatoria, que deberá acompañarse de los documentos necesarios con la suficiente antelación, deberá contener el orden del día previsto para cada sesión, sin que puedan examinarse asuntos que no figuren en el mismo, salvo que todos los miembros de la Conferencia sectorial manifiesten su conformidad. El orden del día de cada reunión será propuesto por el Presidente y deberá especificar el carácter consultivo, decisorio o de coordinación de cada uno de los asuntos a tratar.

Cuando la conferencia sectorial hubiera de reunirse con el objeto exclusivo de informar un proyecto normativo, la convocatoria, la constitución y adopción de acuerdos podrá efectuarse por medios electrónicos, telefónicos o audiovisuales, que garanticen la intercomunicación entre ellos y la unidad de acto, tales como la videoconferencia o el correo electrónico, entendiéndose los acuerdos adoptados en el lugar donde esté la presidencia, de acuerdo con el procedimiento que se establezca en el reglamento de funcionamiento interno de la conferencia sectorial.

La elaboración y remisión de actas podrá realizarse a través de medios electrónicos.

De acuerdo con el artículo 150 de la Ley 40/2015, cada Conferencia sectorial tendrá un secretario que será designado por el Presidente de la Conferencia sectorial, al que se atribuyen las funciones típicas del secretario de un órgano colegiado.

El artículo 151 de la Ley 40/2015 especifica el régimen jurídico de las decisiones de las Conferencias sectoriales. Lo primero que se establece es que la adopción de decisiones requerirá la previa votación de los miembros de la Conferencia sectorial. Esta votación se producirá por la representación que cada Administración pública tenga y no por los distintos miembros de cada una de ellas.

Las decisiones que adopten las Conferencias Sectoriales podrán revestir la forma de:

a) Acuerdo: supone un compromiso de actuación en el ejercicio de las respectivas competencias. Son de obligado cumplimiento y directamente exigibles de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, salvo para quienes hayan votado en contra mientras no decidan suscribirlos con posterioridad. El acuerdo será certificado en acta.

Cuando la Administración general del Estado ejerza funciones de coordinación, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias del ámbito material respectivo, el acuerdo que se adopte en la Conferencia sectorial, y en el que se incluirán los votos particulares que se hayan formulado, será de obligado cumplimiento para todas las Administraciones públicas integrantes de la Conferencia sectorial, con independencia del sentido de su voto, siendo exigibles conforme a lo establecido en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. El acuerdo será certificado en acta.

Las Conferencias sectoriales podrán adoptar planes conjuntos, de carácter multilateral, entre la Administración general del Estado y la de las Comunidades autónomas, para comprometer actuaciones conjuntas para la consecución de los objetivos comunes, que tendrán la naturaleza de acuerdo de la conferencia sectorial y se publicarán en el *Boletín Oficial del Estado*.

b) Recomendación: tiene como finalidad expresar la opinión de la Conferencia sectorial sobre un asunto que se somete a su consulta. Los miembros de la Conferencia sectorial se comprometen a orientar su actuación en esa materia de conformidad con lo previsto en la Recomendación, salvo quienes hayan votado en contra mientras no decidan suscribirla con posterioridad. Si algún miembro se aparta de la Recomendación, deberá motivarlo e incorporar dicha justificación en el correspondiente expediente.

Por último, el artículo 152 de la Ley 40/2015 regula las Comisiones sectoriales como órganos

de trabajo y apoyo de carácter general de las Conferencia sectoriales. Están constituidas por el Secretario de Estado u órgano superior de la Administración general del Estado designado al efecto por el Ministro correspondiente, que la presidirá, y un representante de cada Comunidad autónoma, así como un representante de la Ciudad de Ceuta y de la Ciudad Melilla. El ejercicio de las funciones propias de la secretaría de la Comisión sectorial corresponderá a un funcionario del Ministerio correspondiente.

La Comisión sectorial ejercerá las siguientes funciones:

- a) La preparación de las reuniones de la Conferencia sectorial, para lo que tratará los asuntos incluidos en el orden del día de la convocatoria.
- b) El seguimiento de los acuerdos adoptados por la Conferencia sectorial.
- c) El seguimiento y evaluación de los Grupos de Trabajo constituidos.
- d) Cualquier otra que le encomiende la Conferencia sectorial.

Las Conferencias Sectoriales podrán crear Grupos de Trabajo, de carácter permanente o temporal, formados por Directores generales, Subdirectores generales o equivalentes de las diferentes Administraciones públicas que formen parte de dicha Conferencia, para llevar a cabo las tareas técnicas que les asigne la Conferencia sectorial o la Comisión sectorial. A estos grupos de trabajo podrán ser invitados expertos de reconocido prestigio en la materia a tratar.

El director del Grupo de Trabajo, que será un representante de la Administración feneral del Estado, podrá solicitar con el voto favorable de la mayoría de sus miembros, la participación en el mismo de las organizaciones representativas de intereses afectados, con el fin de recabar propuestas o formular consultas.

#### *- Las Comisiones bilaterales de cooperación*

Las Comisiones bilaterales de cooperación se definen en el artículo 153 de la Ley 40/2015 como órganos de cooperación de composición bilateral que reúnen, por un número igual de representantes, a miembros del Gobierno, en representación de la Administración general del Estado, y miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad autónoma o representantes de la Ciudad de Ceuta o de la Ciudad de Melilla.

Las Comisiones bilaterales de cooperación ejercen funciones de consulta y adopción de

acuerdos que tengan por objeto la mejora de la coordinación entre las respectivas Administraciones en asuntos que afecten de forma singular a la Comunidad autónoma, a la Ciudad de Ceuta o a la Ciudad de Melilla. Para el desarrollo de su actividad, las Comisiones bilaterales de cooperación podrán crear Grupos de Trabajo y podrán convocarse y adoptar acuerdos por videoconferencia o por medios electrónicos.

Las decisiones adoptadas por las Comisiones bilaterales de cooperación revestirán la forma de acuerdos y serán de obligado cumplimiento, cuando así se prevea expresamente, para las dos Administraciones que lo suscriban y en ese caso serán exigibles conforme a lo establecido en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa. El acuerdo será certificado en acta.

## **2. RELACIONES DE COORDINACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

La coordinación implica concertar medios, esfuerzos, etc., para una acción común y lleva implícita, en todo caso, una facultad de dirección a cargo del ente que coordina, facultad esta que algunos autores (entre ellos PAREJO ALFONSO) consideran que constituye un límite a las competencias del ente coordinado.

Pues bien, la acción común que comporta la coordinación en este caso es la consecución del interés general de la Nación y para ello el Estado, en uso de la competencia exclusiva que la Constitución le reconoce para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1.1), es el encargado de llevar a cabo la función coordinadora en relación con el ejercicio de sus competencias por las comunidades autónomas. A este respecto, el instrumento más común con el que cuenta el Estado para dicha tarea coordinadora es el señalamiento de bases o de normativa básica, con el fin de asegurar el buen funcionamiento del denominado Estado de las autonomías.

La función de coordinación, sin embargo, sea cual fuere el instrumento empleado para llevarla a cabo, no puede en ningún caso llegar al punto de vaciar de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas. Así lo tiene establecido el Tribunal Constitucional, entre otras, en la sentencia de 28 de abril de 1983.

Son varios los supuestos del texto constitucional en los que se atribuye al Estado la función



coordinadora. Así, concretamente, el artículo 149 se la reserva en materia de planificación general de la actividad económica, atribuyéndole el establecimiento de las bases y coordinación de la planificación general (núm. 13). También, en ese mismo artículo, se contempla como tarea del Estado el fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (núm. 15) o las bases y coordinación general de la sanidad (núm. 16).

Existen distintos órganos que dentro del Estado se ocupan de asegurar la coordinación de actuaciones entre este y las Comunidades autónomas. Así:

- Los Delegados del Gobierno en las Comunidades autónomas. Como es sabido, forman parte de la Administración periférica del Estado y tienen atribuida la representación del Gobierno en la Comunidad autónoma respectiva, la dirección de la Administración del Estado en el territorio autonómico y la coordinación de ésta con la de la respectiva Comunidad autónoma. Entre las funciones que le atribuye el artículo 73.1 de la Ley 40/2015 está la coordinación y colaboración con otras Administraciones Públicas, lo cual incluye:

1.º Comunicar y recibir cuanta información precisen el Gobierno y el órgano de Gobierno de la Comunidad autónoma. Realizará también estas funciones con las entidades locales en su ámbito territorial, a través de sus respectivos Presidentes.

2.º Mantener las necesarias relaciones de coordinación y cooperación de la Administración general del Estado y sus organismos públicos con la de la Comunidad autónoma y con las correspondientes entidades locales. A tal fin, promoverá la celebración de convenios con la Comunidad autónoma y con las entidades locales, en particular, en relación a los programas de financiación estatal, participando en el seguimiento de la ejecución y cumplimiento de los mismos.

3.º Participar en las Comisiones mixtas de transferencias y en las Comisiones bilaterales de cooperación, así como en otros órganos de cooperación de naturaleza similar cuando se determine.

- El Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, creado por la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades autónomas, como órgano consultivo y de colaboración encargado de las relaciones del Estado y Comunidades autónomas en materia financiera. Según establece el artículo 3 de su ley de creación, el Consejo tiene, entre otras, las funciones de coordinar la política presupuestaria

de las Comunidades autónomas con la del Estado, la coordinación de la política de endeudamiento y la coordinación de la política de inversiones públicas.

- Las Conferencias sectoriales. Como ya se ha expuesto con anterioridad, el artículo 151.2.a), párrafo segundo, de la Ley 40/2015 prevé específicamente que cuando la Administración general del Estado ejerza funciones de coordinación, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias del ámbito material respectivo, los acuerdos que se adopten en las Conferencias Sectoriales, y en los que se incluirán los votos particulares que se hayan formulado, serán de obligado cumplimiento para todas las Administraciones públicas integrantes de la Conferencia sectorial, con independencia del sentido de su voto, siendo exigibles conforme a lo establecido en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

### **III. LAS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN LOCAL**

#### **1. RÉGIMEN GENERAL**

De acuerdo con el artículo 140.2 de la Ley 40/2015, las relaciones entre la Administración general del Estado o las Administraciones de las Comunidades autónomas con las entidades que integran la Administración local se rigen por la legislación básica en materia de régimen local en lo no previsto por el título III de aquélla. Remite, así pues, la Ley 40/2015 en este punto a la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local y, concretamente, a la regulación que esta hace del tema que nos ocupa, entre otros, en sus artículos 10 y 55 a 62.

La norma cabecera de las relaciones entre la Administración local con el resto de las Administraciones públicas en la normativa de régimen local está contenida en el artículo 10.1 de la Ley de bases del régimen local, que señala que “la Administración local y las demás Administraciones públicas ajustarán sus relaciones recíprocas a los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto a los ámbitos competenciales respectivos”.

A continuación, esta norma señala los supuestos generales en los que deberán coordinarse las competencias de las entidades locales entre sí y con las de las restantes administraciones públicas: “cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de éstas”.

Finalmente, este artículo trata de preservar en tales casos principios esenciales de los entes locales al afirmar que “las funciones de coordinación serán compatibles con la autonomía de los entes locales”.

Fuera de los enunciados normativos generales, el bloque de la regulación sobre esta materia está contenido en el capítulo II del título V de la Ley, referido a las “relaciones administrativas”.

Así, en el artículo 55 se contienen las obligaciones generales que deberán guardar las entidades locales entre sí y en sus relaciones con otras Administraciones y que, en todo caso, deben estar presididas por los principios de coordinación y eficacia. Dichas obligaciones, en su conjunto, son una clara derivación del principio de lealtad institucional que en diferentes pronunciamientos ha venido a consagrar el Tribunal Constitucional, como presupuesto básico de las relaciones de colaboración. Tales obligaciones son las siguientes:

- a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias y las consecuencias que del mismo se deriven para las propias.
- b) Ponderar, en la actuación de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a otras Administraciones.
- c) Valorar el impacto que sus actuaciones, en materia presupuestaria y financiera, pudieran provocar en el resto de Administraciones públicas.
- d) Facilitar a las otras Administraciones la información sobre la propia gestión que sea relevante para el adecuado desarrollo por éstas de sus cometidos.
- e) Prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran precisar para el eficaz cumplimiento de sus tareas.

Por su parte, la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia, a la que más tarde nos referiremos, señala respecto de las relaciones de las que tratamos, que las Administraciones públicas gallegas ajustarán sus relaciones a los principios de colaboración, cooperación, auxilio, coordinación y respeto a los correspondientes ámbitos

competenciales, garantizándose la máxima eficacia en la gestión administrativa. Asimismo, se prevé que la Xunta de Galicia ejercerá las funciones de coordinación que prevé el Estatuto de Autonomía de Galicia.

## **2. INSTRUMENTOS Y ÓRGANOS DE COLABORACIÓN**

La colaboración o cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las demás Administraciones, tanto en lo referido a servicios locales como en asuntos de interés común, se articula bajo el presupuesto de la voluntariedad y puede llevarse a cabo, entre otros instrumentos, a través de los consorcios o convenios administrativos.

Los convenios son instrumentos de colaboración con otras Administraciones por los que se puede llevar a cabo, de común acuerdo, una tipología muy amplia de actividades. Están regidos esencialmente por las normas previstas en la Ley 40/2015, regulación a la que ya nos hemos referido en un apartado anterior.

Además, las entidades locales pueden constituir consorcios con otras Administraciones públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias. Los consorcios podrán realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes, y podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las Administraciones españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia. Su regulación básica está contenida actualmente en el capítulo VI del título II de la Ley 40/2015.

No obstante el régimen de voluntariedad que, como vemos, rige como norma general en la colaboración de la Administración local y las demás Administraciones, existen también otros mecanismos previstos en la Ley de bases del régimen local que, por el contrario, imponen un régimen de cooperación obligatoria. Entre otros, se puede citar a estos efectos el previsto en el artículo 56 de la Ley de bases del régimen local, cuando establece que las entidades locales tienen el deber de remitir a las Administraciones del Estado y de

las Comunidades autónomas copia de los actos y acuerdos adoptados por las mismas.

Como se puede ver en este último caso, se trata de una colaboración de muy distinto carácter que la primera, pues en ella prima la idea de control. Por ello se establece para estos casos que las Administraciones del Estado y de las Comunidades autónomas estarán facultadas, con el fin de comprobar la efectividad en su aplicación y, respectivamente, de la legislación estatal y la autonómica, para recabar y obtener información concreta sobre la actividad municipal, pudiendo solicitar incluso la exhibición de expedientes y la emisión de informes.

No obstante, la ley prevé en este precepto una contrapartida positiva para las entidades locales cuando contempla que, en todo caso, la Administración del Estado y la de las Comunidades autónomas deberán facilitar el acceso de los representantes legales de las entidades locales a los instrumentos de planificación, programación y gestión de obras y servicios que les afecten directamente.

Entre los mecanismos de cooperación obligatoria, además del anteriormente citado, se puede señalar el previsto en el artículo 59.1 de la Ley de bases del régimen local, cuando establece que “a fin de asegurar la coherencia de la actuación de las administraciones públicas, en los supuestos previstos en el número 2 del artículo 10 –actividades o servicios locales que trascienden el interés propio de las correspondientes entidades locales- y para el caso de que dicho fin no pueda alcanzarse por los procedimientos contemplados en los artículos anteriores o éstos resultaran manifiestamente inadecuados por razón de las características de la tarea pública de que se trate, las leyes del Estado y las de las comunidades autónomas, reguladoras de los distintos sectores de la acción pública, podrán atribuir al Gobierno de la Nación, o al consejo de gobierno, la facultad de coordinar la actividad de la Administración local y, en especial, de las diputaciones provinciales en el ejercicio de sus competencias”.

Además, en estos casos se contempla que “la coordinación se realizará mediante la definición concreta y en relación con una materia, servicio o competencia determinados de los intereses generales o comunitarios, a través de planes sectoriales para la fijación de los objetivos y la determinación de las prioridades de la acción pública en la materia correspondiente”.

En cuanto a los órganos de colaboración, son varios los previstos en las leyes. Por un lado, están los establecidos en las leyes del Estado y de las Comunidades autónomas. Estos órganos son de carácter consultivo y pueden tener ámbito autonómico o provincial y carácter general o sectorial. Son numerosos los ejemplos correspondientes a este tipo de órganos que existen en la actualidad. El más significativo es el previsto en los artículos 117 y siguientes de la propia Ley de bases del régimen local, la Comisión Nacional de Administración Local, órgano de colaboración permanente entre la Administración general del Estado y la Administración local, presidido por el Ministro de Administraciones Públicas y con una composición que agrupa a una representación paritaria de ambas administraciones.

Por otra lado, también hay que contar entre dichos órganos los previstos en el artículo 58 de la Ley de bases del régimen local, entre los que se pueden citar las comisiones territoriales de Administración local que tienen por objeto la coordinación de inversiones y de prestación de servicios. Un ejemplo a este respecto, en nuestra Comunidad autónoma, es la Comisión Gallega de Cooperación Local.

La Ley de Administración local de Galicia la considera como el órgano permanente de colaboración para la coordinación entre la Administración autonómica y las entidades locales gallegas. La Comisión está presidida por el presidente de la Xunta de Galicia y su composición es paritaria, pues está integrada por representantes de la Comunidad autónoma y por representantes de las entidades locales gallegas, con un número total de veinticuatro miembros.

De acuerdo con el artículo 191 de la Ley de Administración local de Galicia, las funciones de la Comisión son las siguientes:

- a) Emitir informe sobre los anteproyectos de ley, reglamentos y decretos que conciernan al régimen local.
- b) Proponer medidas de asistencia y asesoramiento a los ayuntamientos, especialmente a través del estudio, información y difusión de las materias que les afecten.
- c) Informar de las necesidades e insuficiencias de los municipios gallegos en materia de servicios mínimos y proponer criterios generales para acordar la dispensa de su prestación.
- d) Velar por el cumplimiento de los principios de autonomía y suficiencia financiera de las

entidades locales.

e) Estudiar y proponer las medidas que crea convenientes en relación con la situación económico-financiera de las entidades locales.

f) Proponer criterios de colaboración y coordinación para que las diferentes administraciones públicas ejerzan sus funciones de cooperación económica, técnica y administrativa.

g) Conocer y emitir informe sobre los acuerdos de las comisiones que se creen para la transferencia y delegación de competencias propias de la Comunidad Autónoma en las entidades locales para la encomienda de gestión, así como emitir informe previo en los casos de revocación de la delegación o de la encomienda de gestión.

h) Estudiar y proponer criterios para la distribución del Fondo de Cooperación Local.

i) Conocer y emitir informe sobre los proyectos de planes provinciales de cooperación a las obras y a los servicios de competencia municipal.

j) Proponer y emitir informe sobre los convenios u otras fórmulas de colaboración interadministrativa que puedan suscribirse entre la Comunidad autónoma y las Diputaciones provinciales.

#### **IV. COMUNICACIONES A LAS COMUNIDADES EUROPEAS**

Como es sabido, la materia «relaciones internacionales» es una competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.3º de la CE), por lo que es éste quien asume de manera directa el cumplimiento de los compromisos y obligaciones con la Unión Europea. De ahí que se deban canalizar a través de la Administración general del Estado las comunicaciones de todas la Administraciones públicas españolas a los órganos e instituciones de la Unión Europea. Las sentencias del Tribunal Constitucional 172/1992 y 80/1993 se han pronunciado a este respecto en el sentido de que la información «ha de hacerse a través del conducto que determine el Estado, a quien corresponde no sólo la relación directa con la Comisión, sino también aunar las diversas informaciones que reciba de los restantes entes autonómicos para facilitar a la Comisión, como un todo y no separadamente, la información solicitada».

Así se establecía con carácter general en el artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de



noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, según el cual:

“1. Cuando en virtud de una obligación derivada del Tratado de la Unión Europea o de los Tratados de las Comunidades Europeas o de los actos de sus instituciones deban comunicarse a éstas disposiciones de carácter general o resoluciones, las Administraciones públicas procederán a su remisión al órgano de la Administración General del Estado competente para realizar la comunicación a dichas instituciones. En ausencia de plazo específico para cumplir esa obligación, la remisión se efectuará en el de quince días.

2. Cuando se trate de proyectos de disposiciones o cualquiera otra información, en ausencia de plazo específico, la remisión deberá hacerse en tiempo útil a los efectos del cumplimiento de esa obligación”.

Derogada íntegramente la Ley 30/1992 por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, el procedimiento de comunicación a través de la Administración estatal sigue en vigor cuando así lo establezca la normativa sectorial aplicable, entre la que cabe destacar el Real Decreto 1755/1987, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de comunicación a la Comisión de las Comunidades Europeas de los proyectos de las Administraciones o entes públicos que se propongan establecer, conceder o modificar ayudas internas.

Esta norma establece un procedimiento para facilitar el cumplimiento de la obligación de comunicación previa de las ayudas públicas a las Comunidades Europeas en los supuestos en los que así lo establecía el Tratado de Roma en sus artículos 92 y 93. El procedimiento responde a la proliferación de órganos públicos con competencia para la concesión de beneficios económicos, y ante las exigencias de tomar en consideración la posible acumulación de ayudas públicas concedidas a una misma actividad o proyecto económico.

Como es sabido, el incumplimiento del requisito de notificación previa reviste especial trascendencia pues la concesión de ayudas sin comunicación previa y, por tanto, sin que la Comisión se pronuncie sobre la compatibilidad de las mismas constituye una infracción de las obligaciones contraídas por España como Estado miembro y puede suponer la obligación de reembolso de dichas ayudas por parte de las empresas beneficiarias, tal como ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.



El procedimiento que el Real Decreto contempla consiste, fundamentalmente, en que las Administraciones o entes públicos que se propongan establecer, conceder o modificar cualquier tipo de ayudas que deban ser objeto de comunicación previa a la Comisión Europea, conforme al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, deben enviar los oportunos proyectos al órgano competente de la Administración general del Estado con la antelación suficiente (tres meses) para permitir, en su caso, la entrada en vigor de la medida proyectada en las fechas previstas. Posteriormente, el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación remite (en el plazo de un mes contado desde la recepción del correspondiente proyecto) a la Comisión los proyectos de ayudas examinados.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aja, Eliseo y García Morales, María J.: **Las relaciones entre comunidades autónomas: problemas y perspectivas**. En Informe Comunidades Autónomas. Instituto de Derecho Público, vol. I, págs. 645-672. Barcelona 2000.
- **El sistema jurídico de las comunidades autónomas**. Tecnos. Madrid 1985.
- Ministerio de Justicia. **La dimensión constitucional de la colaboración autonómica**. En VV. AA. **XXVII Jornadas de Estudios: autonomías y organización territorial del Estado: presente y perspectivas de futuro**. Ministerio de Justicia. Madrid 2005.
- Alba Navarro, M: **Los acuerdos de cooperación entre las comunidades autónomas y las Cortes Generales**, en J. M. Vera Santos, coord.: **Senado como Cámara de representación territorial y las función de los Parlamentos**.: Dykinson, Madrid 1998.
- Alberti Rovira, E.: **Técnicas jurídicas y relaciones de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas y de éstas entre sí**, en AA. VV., **Técnica normativa de las comunidades autónomas**. Comunidad de Madrid-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.
- Beltrán Aguirre, Juan Luis. **Los principios organizativos de la Administración social: descentralización, participación, coordinación y cooperación**.

Documentación Administrativa, núm. 271-272, págs. 207-236. 2005.

- **Relaciones entre las Administraciones públicas**, en VV. AA.: **La nueva Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común**, págs. 41-70. Tecnos. Madrid 1993.
- Calafell Ferrá, Vicente Juan: **Los convenios entre comunidades autónomas**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid 2006.
- Cano Bueso, J: **Comunidades autónomas e instrumentos de cooperación internacional**. Tecnos. Madrid 1990.
- Fernández Montalvo, R.: **Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación**. Marcial Pons. Madrid 2000.
- González García, Ignacio. **Un distingo constitucionalmente relevante: convenios de colaboración vs. acuerdos de cooperación entre comunidades autónomas**. Revista de Estudios Políticos, núm. 145 (nueva época), págs. 97-118. 2009.
- Grifo Benedicto, M.<sup>a</sup> Amparo. **Las entidades locales y las relaciones interadministrativas**. Iustel. Madrid 2009.
- Gutiérrez Vicén, C.: **La intervención de las Cortes Generales en la celebración de convenios entre comunidades autónomas: la aparición de nuevos problemas**. Corts. Anuario de Derecho Parlamentario 9. 2000.
- López Aguilar, F.: **Hechos diferenciales y federalismo competitivo**. Revista de Derecho Política UNED, 48-49. 2000.
- López Rodó, L.: **Estado y Comunidades Autónomas**. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid 1984
- Martín Huerta, P.: Los convenios interadministrativos. INAP. Madrid 2000.
- Martín Rebollo, I.: **Las nuevas formas de administración autónoma y las empresas públicas en las relaciones de colaboración entre comunidades autónomas**, en AA. VV. **Las relaciones interadministrativas de cooperación y colaboración**. Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona 1993.
- Menéndez Rexach, A.: **La cooperación: ¿un concepto jurídico?**. Documentación

Administrativa, núm. 240, octubre-diciembre 1994.

- Muñoz Machado, S.: **Derecho público de las comunidades autónomas**. Civitas. Madrid, 1982.
- Navarro Munuera, A.: **Las relaciones interautonómicas de colaboración: mecanismos y posibilidades de articulación orgánica**. Revista de Administración Pública, núm. 120, 1989.
- Pallarés Serrano, Anna. **El concepto de coordinación en nuestro ordenamiento jurídico: diferenciación con el concepto de cooperación y colaboración y relación con el concepto de integración**. Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 131, págs. 485-515. 2006
- Parejo Alfonso, Luciano. **Notas para una construcción dogmática de las relaciones interadministrativas**. Revista de Administración Pública, núm. 174, págs. 161-191. Madrid.
- Pérez Calvo, Alberto. **Actuaciones de cooperación y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas**. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, núm. 235. INAP. Madrid 1987.
- Rodríguez Arana, J. y García Mexía, P.: **Curso de Derecho público de las comunidades autónomas**. Montecorvo e INA. Madrid 2003.
- Rodríguez Santiago, J. M.: **Los convenios entre las Administraciones públicas**. Marcial Pons. Madrid 1997.
- Ruiz Robledo, A.: **Sobre la naturaleza jurídica de los convenios entre las comunidades autónomas**, en A. Monreal, ed. **El estado de las autonomías**. Tecnos. Madrid 1991.
- Santolaya Machetti, P. **Descentralización y cooperación**. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid 1984.
- Tajadura Tejada, J.: **El principio de cooperación en el Estado autonómico**. Comares. Granada 2000.
- VV. AA.: **Desarrollo del principio de colaboración en el estado de las autonomías**. VII Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

Consejería de Justicia y Administración Pública. Sevilla 2004.

## **TEMA 1**

# **LAS FUENTES DEL DERECHO: TEORÍA GENERAL Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES: PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA**

## **TEMA 1. LAS FUENTES DEL DERECHO: TEORÍA GENERAL Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES: PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA**

### **1. LAS FUENTES DEL DERECHO: TEORÍA GENERAL Y REGULACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL**

#### **1.1. EL CONCEPTO DE «FUENTES DEL DERECHO»**

La noción de **fuentes del Derecho** es uno de los conceptos primarios que debe conocer cualquiera que se acerca al fenómeno jurídico. El objeto de este concepto, de carácter metafórico, es la **creación de las normas jurídicas**. A través de la teoría de las fuentes se determina tanto el sujeto que crea las normas, como la manera en la que se produce su creación. Se trata de una noción que posee varias acepciones, de entre las cuales las más trascendentes son las dos que se expondrán a continuación:

**1º Fuentes del Derecho en sentido material.** Con este nombre se conoce a todos aquellos sujetos, organismos, instancias o realidades que tienen el poder de crear normas jurídicas. Cualquiera que tenga el poder de crear normas de Derecho es fuente del mismo. Así podemos decir que el Estado, en cuanto tiene poder para crear normas jurídicas, es fuente de Derecho.

Ahora bien, debe quedar claro que no sólo el Estado es fuente del Derecho en el sentido que analizamos. En efecto, las normas jurídicas, para ser consideradas como tales, deben haber sido asumidas por el Estado. Una norma sólo se convierte en norma jurídica cuando el Estado la considera como tal, otorgándole la nota de la coactividad (que supone que el propio Estado asume su imposición forzosa en caso de que no se produzca el cumplimiento voluntario de la norma por parte de cualquiera de sus destinatarios). Sin embargo, esto no significa que todas las normas jurídicas provengan o hayan sido creadas por el Estado. Existen otras instancias o realidades que también son capaces de crear normas jurídicas, y que, por lo tanto, también son fuentes materiales del Derecho. Por ejemplo, los grupos sociales son también fuente material del Derecho en tanto también tienen el poder de crear normas jurídicas: las costumbres.

**2º Fuentes del Derecho en sentido formal.** Con este nombre se conocen a

todos aquellos medios o maneras de establecer las normas jurídicas. Son las distintas formas que adoptan las normas jurídicas cuando son creadas por los distintos sujetos o instancias que tienen poder para crearlas. Así, podemos decir que la ley, en cuanto es el modo o manera en el que se establecen normas dictadas por el Estado, es fuente del Derecho en sentido formal. De la misma forma, la costumbre es fuente del Derecho en sentido formal, debido a que es el modo en el que los grupos sociales crean normas jurídicas.

A lo largo de los párrafos que siguen, explicitaremos en cada momento si estamos hablando de fuentes materiales o formales; pero es conveniente precisar que, en la mayor parte de las ocasiones, con la expresión fuentes del Derecho se alude a las fuentes formales. Buen ejemplo de ello es el propio Código Civil que define las fuentes formales del Derecho español en su artículo 1º.1: *"Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho"*.

## **1.2. LAS FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL (DERECHO INTERNO)**

En el Derecho español, la regulación de las fuentes del Derecho se ha contenido tradicionalmente en el Código Civil. Incluso en la actualidad, a pesar de la enorme trascendencia de la regulación constitucional en lo que se refiere al sistema de fuentes del Derecho, el precepto de referencia en esta materia sigue estando en el artículo 1º del Código Civil. Este artículo del Código Civil, que hemos transcrito al final del apartado anterior, dispone no sólo un listado de fuentes formales del Derecho, sino también una ordenación jerárquica de las mismas: 1º la ley; 2º la costumbre, 3º los principios generales del Derecho. Por otra parte, dado que cada una de las fuentes materiales del Derecho tiene también una forma o manera peculiar de crear normas jurídicas, la clasificación jerárquica del Código afecta igualmente a las fuentes materiales: 1º el Estado (que es quien dicta las leyes); 2º los grupos sociales (que son quienes crean las costumbres). En el presente apartado, nos ocuparemos de desarrollar esta ordenación jerárquica de las fuentes del Derecho español, aunque la cuestión de la trascendencia que posee el hecho de que una norma tenga uno u otro rango jerárquico lo trataremos en el epígrafe siguiente.

**1.2.1. LA LEY.** Ya se ha dicho que el Estado es quien determina (precisamente mediante el

establecimiento del sistema de fuentes) qué normas forman parte del Derecho y cuáles no –al margen de quién las haya creado-. Además de esa función, el Estado también realiza una intensísima tarea de creación de normas jurídicas, convirtiéndose en una fuente material del Derecho de una trascendencia incomparable con las demás. Las normas que crea el Estado reciben en general el nombre de leyes. Cualquier norma creada por un órgano estatal (las Cortes Generales, el Parlamento gallego, el Gobierno, la Xunta, un Ministerio etc.) es una ley. La ley es la fuente de Derecho más importante y, por consiguiente, ocupa el primer lugar en la pirámide normativa. **Las leyes**, frente a las demás fuentes del Derecho, se caracterizan por ser siempre normas escritas, elaboradas a través de un procedimiento formal regulado por otras normas jurídicas y dotadas de abstracción y generalidad. Para su validez, las leyes deben reunir los requisitos de legitimidad exigidos para cada una de ellas: deben haber sido elaborados por un órgano del Estado con poder para producir el tipo de ley de que se trate y estar dotadas de un contenido respetuoso con la jerarquía normativa; así como reunir las exigencias formales exigidas por su procedimiento de elaboración. La publicación es un requisito esencial de todas las leyes. La publicación se hará necesariamente en el Boletín Oficial que corresponda de forma íntegra (en el BOE las estatales, y en el boletín que disponga el Estatuto de autonomía en el caso de las CCAA). Salvo que la propia ley disponga otra cosa, las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE (o del Diario Oficial de la CCAA correspondiente en el caso de las leyes autonómicas). Dentro de las leyes, es preciso distinguir varios tipos o clases. Al igual que sucede con las fuentes del Derecho en general, estos tipos o clases también se encuentran ordenados jerárquicamente.

**1º La Constitución:** es la norma suprema del ordenamiento jurídico, fundamento de la propia existencia y legitimidad del Estado (art. 1 CE). Realmente no se trata de una ley, pues más que ser creada por el Estado es ella la que le da forma y justificación al mismo. La Constitución, en este sentido, es la fuente de las fuentes del Derecho, pues todas, al igual que el Estado, encuentran en ella su legitimidad y justificación. Sin embargo, en las exposiciones que siguen el orden del CC se suele incluir a la Constitución en la referencia a la ley, a falta de otro lugar mejor en el que colocarla.

**2º Los Tratados Internacionales** son el resultado de un acuerdo entre dos o más



Estados. Su inserción en el ordenamiento jurídico español exige que haya sido ratificado por el Estado español. La Constitución establece que los "*Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*". Ello implica, según DIEZ PICAZO, que el constituyente asumió la doctrina previa del Tribunal Supremo que declaraba que los Tratados objeto de ratificación tenían la categoría de Leyes internas. Ahora bien, como es evidente, a diferencia de las leyes, la disposiciones de un tratado internacional "*solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*".

**3º La Ley:** Las Leyes son las normas jurídicas dictadas por el órgano del Estado que tiene **Poder Legislativo**. (El Estado español, como veremos, está fundado en el principio de división de poderes y atribuye a órganos diferentes el ejercicio de los tres poderes del Estado: legislativo, ejecutivo y judicial). Los órganos que tienen poder legislativo en los modernos estados constitucionales como el español son los Parlamentos. En nuestro Estado, el Parlamento central se denomina **Cortes Generales**, y están compuestas por el Congreso de los Diputados y el Senado. En el Estado español también poseen poder legislativo **Parlamentos Autonómicos** con poder para dictar Leyes en sus respectivas Comunidades Autónomas. Las relaciones entre las leyes dictadas por las Cortes y las emanadas del los Parlamentos de las Comunidades autónomas se articulan en torno al principio de competencia.

La Ley es la fuente del Derecho más importante tras la Constitución. Mediante la Ley se puede regular cualquier materia o cuestión. De hecho, en principio, la división de poderes significa que la regulación normativa de la realidad, con carácter general y abstracto, corresponde al poder legislativo a través de las Leyes. Ciertamente es que existen otras normas jurídicas dictadas por el poder ejecutivo, pero estas normas –los reglamentos– están subordinados a la Ley y sólo se justifican en la medida en que constituyan un desarrollo de normas con rango de Ley. Además, hay determinadas materias que sólo pueden regularse por Ley, o mediante un determinado tipo de Ley en particular. Esta situación, que impide la regulación mediante reglamentos de una determinada materia jurídica se denomina reserva de Ley –o, por ejemplo, reserva de Ley Orgánica, si se trata de una materia reservada sólo a este tipo de norma con rango de

Ley-.

Dentro de las Leyes, es preciso distinguir dos tipos fundamentales [limitándonos a partir de ahora, solamente a las Leyes dictadas por las Cortes Generales]: a) Las **Leyes orgánicas (art. 81 CE)**: Estas leyes sirven para desarrollar los órganos del Estado contenidos en la Constitución (de ahí su nombre), y los derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en ella. Debido a la importancia de los asuntos que regulan sólo pueden ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados (no del Senado). b) Las **Leyes ordinarias**, las cuales sirven para cualquier otra materia, constitucional o no, que quieran regular los miembros de las Cortes Generales. Para la aprobación de estas Leyes ordinarias es suficiente con la mayoría simple de los miembros de las Cortes Generales (primero del Congreso y después del Senado).

Por último, tienen también rango o valor de Ley (y por consiguiente ocupan su mismo lugar en la pirámide normativa), ciertas disposiciones que no han sido elaboradas, ni dictadas por el Parlamento, sino por el Gobierno. Se trata de disposiciones que sólo pueden ser aprobadas de forma muy excepcional (pues el Gobierno no tiene poder legislativo).

La primera de ellas se denomina **Decreto-Ley (art. 86 CE)**. Su finalidad es la de servir para dictar normas con rango de Ley sobre un asunto que las requiera *con extraordinaria y urgente necesidad*. Se permite al Gobierno, sólo en tales casos, dictar un Decreto-Ley rápidamente con el fin de evitar los retrasos, debates y negociaciones que conlleva necesariamente la tramitación parlamentaria de una Ley. De cualquier modo, el Decreto-Ley no puede usarse para regular ciertas materias especialmente peligrosas para los ciudadanos o el sistema político (como los derechos fundamentales de los ciudadanos o el procedimiento electoral), y siempre debe ser ratificado con el tiempo por el Congreso de los Diputados.

La segunda fuente con rango de Ley emanada del Gobierno es el **Decreto legislativo (arts. 82 a 85 CE)**. En este caso es el propio Parlamento (las Cortes Generales o el Parlamento autonómico –cuando esta posibilidad se haya contemplado en el Estatuto, como sucede con el Estatuto de Autonomía de Galicia –art. 10.1.a-) el que encarga al Gobierno correspondiente que dicte la norma con rango de Ley debido a ciertos

motivos concretos (el Parlamento **delega** la elaboración de la Ley en el Gobierno por esos motivos). Estos motivos son, bien la extraordinaria dificultad de la redacción técnica de una determinada Ley, o bien la existencia previa de un conjunto de Leyes sobre la misma materia, contradictorias, reiterativas y confusas que es preciso reunir en una sola Ley coherente. En el primer caso, se aprobará una Ley de Bases, en la que se contendrán los criterios esenciales que deberá seguir el ejecutivo al elaborar la legislación delegada (así se aprobó, naturalmente en otro contexto constitucional distinto, el Código Civil). En el segundo caso se aprobará por el Parlamento una Ley ordinaria en la que se señalará el ámbito y plazo de la armonización encargada. La razón última de la legislación delegada radica en que el Gobierno es más apto que el Parlamento para resolver estas dificultades meramente técnicas, debido a su mayor facilidad para acudir a organismos o comités técnicos de expertos que le asesoren en su labor. Una vez que el Gobierno termina su tarea, ésta es controlada por el Parlamento, el cual debe comprobar si el Gobierno se ha excedido o no en el encargo que se le confió.

**4º Los reglamentos:** Los reglamentos son las normas jurídicas dictadas por el **Poder Ejecutivo**. El Poder Ejecutivo lo conforman todos los organismos e instituciones que forman parte de la **Administración Pública**. Poseen la potestad de dictar reglamentos, tanto la Administración General del Estado (cuya cabeza es el Gobierno, art. 98 CE) como las Administraciones autonómicas, y las Administraciones locales.

Los reglamentos son normas siempre subordinadas a las Leyes, cualesquiera que éstas sean; Leyes que, por lo tanto, no pueden contradecir ni violentar en ningún caso. En el ordenamiento jurídico español están prohibidos los llamados reglamentos independientes, esto es, reglamentos que regulan una materia no reglamentada previamente a través de una Ley, y sin la habilitación previa de una Ley para hacerlo. Únicamente es viable un reglamento independiente en el ámbito de la llamada potestad doméstica de la administración, esto es cuando se trata de regula sólo materias organizativas o domésticas de la propia Administración, y siempre y cuando no queden afectados en ningún caso los derechos de los administrados.

Ello es así porque la finalidad del reglamento es desarrollar las normas contenidas en las Leyes, precisando y concretando la regulación de la realidad que aquéllas efectúan.

Las Leyes son normas, en la mayoría de los casos, muy generales y abstractas, que necesitan en muchos aspectos ser desarrolladas. Este desarrollo es realizado por el Poder del Estado encargado, precisamente, de ejecutar las leyes (de llevar a cabo el programa que en ellas se diseña): el Poder Ejecutivo. En muchas ocasiones son las propias leyes las que se remiten expresamente a los reglamentos para que regulen ciertas cuestiones administrativas o de detalle.

Existen distintos tipos o clases de reglamentos, que se ordenan (también) jerárquicamente en función del órgano que los dicta. El más importante de los reglamentos es el **Real Decreto**, que elabora el Gobierno; y el segundo en importancia la **Orden Ministerial**, que dicta un ministro del Gobierno. En Galicia el equivalente de estos dos Reglamentos son los *Decretos* de la Xunta y las *Ordes* de las Consellerías. Además de estos dos existen muchos otros que reciben nombres de lo más variopinto: reglamentación, bando, circular..., y que corresponden a la infinidad de órganos que componen la Administración Pública.

**1.2.2. LA COSTUMBRE.-** La costumbre es el modo de crear normas jurídicas que tiene un determinado grupo social. La norma jurídica creada por el grupo recibe también el nombre de costumbre. Podemos definirla como **la regla jurídica que crea un grupo social, realizando siempre el mismo comportamiento ante la misma situación de hecho.**

Cuando un grupo de individuos determinado (los que viven en la parroquia rural X, los empresarios, los abogados, los agricultores de Quiroga, los gallegos, los navarros, los habitantes de A Coruña, o cualquier otro grupo social definido por su pertenencia a una determinada zona geográfica, profesión, etc.), realiza siempre el mismo comportamiento ante la misma situación, se afirma que lo hace por costumbre. Así pues, el Derecho no hace más que reconocer como normas jurídicas a esos comportamientos reiterados y generales. Ahora bien, no toda costumbre en sentido coloquial es costumbre jurídica, sino que para ello es preciso que reúna estas dos condiciones:

- El contenido de la costumbre debe conformada a través de comportamientos reiterados, uniformes, generalizados y constantes.
- Debe ser respetada y cumplida por todos los miembros del grupo social de que se

trate.

- Debe ser considerada por todos los miembros del grupo social como una regla jurídicamente obligatoria (*opinio iuris seu necessitatis*). Es decir, como una regla que debe ser obedecida porque, efectivamente, es obligatorio (y no voluntario) obedecerla.

- No puede ser contraria a la moral, al orden público, y debe regular una materia que carezca de regulación en la ley -costumbre *praeter legem*- (art. 1.2 CC). La costumbre es una norma subordinada a la ley y, por consiguiente no pueden existir costumbres contrarias a la ley (*contra legem*). Ello no es óbice, sin embargo, para que una costumbre que desarrolle, precise o interprete una ley no tenga operatividad alguna. Por el contrario, estas costumbres, llamadas *secundum legem*, son aquéllas a los que se refiere el artículo 2.2 de la Ley de Derecho Civil de Galicia (en adelante LDCG) aprobada por la Ley 2/2006 de 14 de junio, modificada parcialmente por la Ley 7/2012 de montes de Galicia, ordenando que las normas que componen el Derecho civil de Galicia se interpreten e integren desde sus usos y costumbres.

Si reúne estos requisitos, la costumbre se convierte en la fuente de una norma jurídica que vincula a todos los miembros del grupo social que la ha creado. Si alguno de ellos no la sigue, estará actuando en contra del Derecho y, por consiguiente, podrá ser demandado ante los Tribunales. Ahora bien, para hacer valer una costumbre ante los Tribunales es preciso **probar** su existencia por parte del ciudadano a quien le interese alegarla en un proceso (art. 1.2 CC).

En efecto, a diferencia de lo que sucede con las normas contenidas en las leyes o en los principios generales, con relación a las que juega la máxima *iura novit curia*, y que por tanto no precisan ser alegadas y probadas por las partes del proceso en orden a su aplicación, las costumbres deben resultar probadas durante el proceso judicial para que el juzgador las aplique al supuesto objeto de su decisión. Este requisito de la prueba de la costumbre es exigido expresamente por el art. 1.3 del CC en relación con el Derecho civil estatal y, *a contrario*, por el art. 2.1 de la LDCG en el marco del Derecho civil de Galicia. Así pues, tanto en el Estado español como en la Comunidad Autónoma gallega una costumbre sólo podrá constituirse en norma destinada a resolver un determinado conflicto

en sede judicial en el caso de que resulte probada.

De acuerdo con lo que se ha señalado hasta ahora, puede concluirse que la costumbre recibe un tratamiento procesal idéntico al que se concede a los hechos que fundamentan las pretensiones de las partes. Ello no puede sorprender habida cuenta de la génesis y el modo de ser de la costumbre, que nace y pervive como hecho reiterado por el grupo social que la crea; y que tal hecho reiterado difícilmente será accesible a personas, como el juzgador, ajenas a ese grupo social. Sin embargo, la costumbre es una norma y, por lo tanto, es Derecho.

Esta naturaleza dual hecho-Derecho, propia de la costumbre, es la que se encuentra en la génesis de la norma sobre costumbres notorias. Si el juzgador sabe objetivamente que existe y es aplicable al litigio del que está conociendo una costumbre, por su notoriedad o conocimiento público, en el Derecho civil de Galicia se dispone expresamente que éste debe utilizarla como norma con la que solventar el asunto sometido a su jurisdicción. Por el contrario, si el conocimiento del juzgador de la costumbre se debe a circunstancias distintas de su notoriedad, entonces no debe aplicarla. Además, se dispone expresamente que son notorias las costumbres «compiladas» y las aplicadas por el Tribunal Supremo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o la antigua Audiencia Territorial de Galicia (art. 2º LDCG).

La costumbre es una fuente del Derecho de importancia secundaria, pero ello no puede hacernos creer que carezca de toda trascendencia. Por el contrario, existen actividades y sectores económicos o sociales en los que la costumbre adquiere una importancia muy especial. Así sucede en relación con las relaciones entre fundos dedicados a explotaciones agrícolas y su uso, donde muchas de las cuestiones que más interesan a los titulares de explotaciones están regidas por costumbres: distancias entre plantaciones, modos de aprovechamiento de los terrenos, etc. Igualmente, la costumbre posee una importancia crucial en el ámbito de los negocios. Especialmente en el tráfico internacional en el que la ausencia de Estado ha conducido a la formación de un rico grupo de costumbres y usos mercantiles transnacionales, por el que se sienten vinculados los empresarios de cualquier país en sus relaciones comerciales.

**1.2.3. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.** La tercera y última fuente del

ordenamiento jurídico español contenida en la relación del CC son los principios generales del Derecho. Los principios generales del Derecho pueden definirse como las normas jurídicas básicas y comunes respecto de las singulares normas que componen el ordenamiento jurídico. Ello se deriva del hecho de que sean:

- Principios, esto es, la raíz, el fundamento, el origen o la base de algo. Se trata de normas de carácter básico o fundamental.
- Generales, lo que significa que tienen una proyección universal o común respecto de la realidad a la que se refieren.
- Del Derecho, lo que implica que la realidad de la que son base y respecto de la que tienen esa proyección general es el Derecho.

Los principios generales del Derecho y su existencia y virtualidad se han explicado desde distintos puntos de vista:

a) La primera posición que debemos analizar es la positivista. Para ella, los principios no serían más que máximas extraídas por vía de abstracción de las singulares normas que pueblan el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, un principio general del Derecho extraído de todo el ordenamiento jurídico sería la regla *pacta sunt servanda* (los pactos deben ser respetados). Esta regla nacería a partir de un nutrido grupo de normas concretas que obligan a los sujetos que conciertan un pacto a sujetarse a su contenido (las reglas concretas que establecen que los contratos, los matrimonios, los tratados internacionales, los convenios urbanísticos etc. deben ser respetados por quienes los celebran, firman, contraen, etc.). Y lo mismo se podría decir, desde esta posición, de un principio general de un solo sector del ordenamiento como el principio *pro operario* que preside el Derecho laboral. De conformidad con éste, todas las normas de Derecho laboral deben interpretarse de manera favorable o favorecedora de los intereses del trabajador. El principio se extraería de todas aquellas normas de Derecho del trabajo que se han introducido para limitar los poderes que posee el empresario como parte fuerte de la relación laboral.

b) Una segunda posición a analizar es la que conecta a estos principios bien con el Derecho natural (posición iusnaturalista), bien con las convicciones jurídicas básicas de la sociedad (posición sociológica). Ambas se enfrentan a la positivista argumentando que,



con ella, los principios no aportan nada, son simples epítomes o resúmenes de lo establecido en otras normas, y no pueden tener, por lo tanto, la virtualidad de fuentes autónomas del Derecho que les concede el art. 1.4 CC en el que encontrarían su raíz última, y que los distinguiría. Para la posición iusnaturalista los principios tendrían su origen en el Derecho natural, y para la sociológica en la conciencia social de la comunidad, en las convicciones básicas de la sociedad acerca de lo que es justo e injusto. Estas dos posiciones, en cualquier caso, no niegan la existencia de principios en el sentido defendido por el positivismo, estos tendrían su valor técnico en cuanto servirían como instrumento para interpretar correctamente las normas y posibilitar su aplicación analógica; pero los verdaderos principios generales del Derecho, para ambas, tienen que tener un origen y un fundamento distinto de las propias normas que componen la ley y la costumbre.

La misión de los principios generales del Derecho en nuestro ordenamiento es doble:

**1º Función supletoria:** Los principios colman los vacíos o lagunas normativas existentes en el ordenamiento jurídico, cuando la ley y la costumbre no dan respuesta a un problema o cuestión que debe ser resuelto, con las soluciones extraídas de los mismos. En este sentido, los principios son los que permiten afirmar que el ordenamiento jurídico es completo, es decir, que todos los conflictos que puedan surgir en la realidad encuentran su solución en el Derecho. Si la ley o la costumbre no contienen la respuesta jurídica que se requiere, entonces es preciso encontrar la solución en los principios. Por esta razón, el art. 1.7 del CC puede establecer la clásica regla del «*non liquet*» que: *“los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan conforme al sistema de fuentes establecido”*.

**2º Función interpretativa:** Los principios sirven para interpretar correctamente las normas jurídicas. Su valor informador del ordenamiento jurídico supone que siempre que se quiera desentrañar el significado de una norma debe conferírsele el significado que sea más acorde con los principios. Por lo demás, cuánto más conectada está la norma con los principios más susceptible será de una interpretación extensiva. Además, si una norma se opone a los principios, debe reputarse derecho excepcional y, por consiguiente, quedará sujeta a las restricciones establecidas en el art. 4.2 CC.



### **1.3. LAS FUENTES DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: TRATADOS CONSTITUTIVOS, REGLAMENTOS COMUNITARIOS Y DIRECTIVAS**

El Estado español, desde el año 1982, ha pasado a formar parte de una organización o entidad supraestatal denominada, en la actualidad, **Unión Europea**. Esta organización nacida en los años 50' se impuso como finalidades la **progresiva unión económica y política entre los distintos Estados europeos**. Los medios y poderes que posee para la consecución de estos ambiciosos fines convierten a la UE en una organización muy distinta de las organizaciones internacionales clásicas (ONU, UNESCO, Consejo de Europa, etc.).

En efecto, la UE, a diferencia de las demás organizaciones internacionales, exige una **cesión de soberanía** de los Estados que forman parte de ella. Los Estados que ingresan en la UE ceden parte de su poder soberano de autodecisión a la Unión. Desde que un Estado ingresa en la UE, ya no puede decidir, por ejemplo, sobre política monetaria (la fijación del tipo de interés, v.gr. la realiza el Banco Central Europeo), ni sobre política agrícola (el reparto de cuotas de producción lo realiza la UE), ni sobre el establecimiento de aduanas en las fronteras, ni sobre circulación de capitales, mercancías y trabajadores comunitarios, e incluso algunos no pueden acuñar moneda propia (los que han adoptado al Euro como tal), etc. Respecto de todos estos ámbitos de poder decisorio que el Estado cede, la UE tiene a partir de la integración **la facultad de dictar normas jurídicas** para todos los Estados que la conforman, convirtiéndose, así, en fuente del Derecho en sentido material. El Derecho comunitario se divide en dos grandes grupos normativos: el Derecho originario y el Derecho derivado:

El **Derecho originario** es el Derecho supremo de la Unión Europea, y prevalece sobre cualquier otra fuente de Derecho nacional o comunitaria. El Derecho primario incluye esencialmente los Tratados fundacionales de la UE y sus modificaciones, incluidos los Tratados de adhesión de los distintos Estados que se han ido incorporando a la UE. Estos tratados contienen las normas formales y materiales que enmarcan la aplicación de las políticas de las instituciones europeas. También determinan el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros, así como la organización del poder de las instituciones comunitarias y su actuación. Los dos más trascendentes en la actualidad son

el Tratado de la Unión Europea (TUE) –Tratado de Maastricht de 1992-, y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) –que ha sustituido al Tratado de Roma de 1957, por el que se creó la CEE- y que ha sido objeto de diversas modificaciones, la última de las cuales ha estado vigente hasta el 1 de enero de 2013, fecha de entrada en vigor de la Decisión del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 que modifica el artículo 136 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro.

El **Derecho derivado** es el Derecho creado por las instituciones de la UE en virtud del poder normativo contenido en los Tratados que conforman el Derecho originario. Todo el Derecho derivado es el desarrollo y la ejecución de los principios y fines de la UE, tal y como se definen en sus normas constitutivas. Las fuentes formales, o modos en los que se manifiesta el poder de dictar normas de la UE, más importantes son: el Reglamento Comunitario y la Directiva.

- El Reglamento Comunitario (que no debe confundirse con el tipo de ley llamada Reglamento de la pregunta anterior): Es la fuente del Derecho derivado más importante de la UE. El Reglamento Comunitario obliga directamente a todos los Estados y a todos los ciudadanos de la Unión a cumplir lo que en él se haya dispuesto. Los Reglamentos Comunitarios en virtud del principio de primacía son superiores jerárquicamente a cualquier norma estatal, del rango que sea.

- La Directiva: Las normas que se aprueban mediante una Directiva obligan únicamente a los Estados miembros de la Unión a modificar su legislación interna para incorporar en ella los contenidos exigidos por la Directiva. Los ciudadanos, en principio, no están vinculados por la Directiva. Sólo cuando el Estado miembro haya incorporado las normas de la Directiva a sus Leyes internas comenzarán éstas a obligar al ciudadano. Se trata de un instrumento con el que se pretende aproximar las legislaciones de los distintos Estados miembros, pero permitiendo a cada uno de ellos acomodar las normas a las peculiaridades de su sistema jurídico. La Directiva vincula a los Estados miembros destinados en cuanto al resultado a alcanzar, pero deja a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios. En todo caso, si el Estado deja transcurrir el plazo concedido por la Directiva para su transposición, la jurisprudencia del

Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que, en caso de que conceda derechos precisos a los particulares frente al Estado, estos podrán invocarlos aunque no se haya producido la transposición (efecto directo vertical de la directiva). Sin embargo, no podrán invocarse derechos concedidos por una Directiva no traspuesta en las relaciones entre particulares (ausencia de efecto directo vertical de la Directiva). En caso de que el derecho invocado frente al Estado sea de imposible realización, los tribunales nacionales podrán condenar al Estado a abonar una indemnización de daños y perjuicios al ciudadano invocante.

#### **1.4. LA JURISPRUDENCIA Y SU FUNCIÓN**

En sentido amplio, se llama **jurisprudencia a la doctrina contenida en las resoluciones de los Tribunales y Juzgados**. En sus resoluciones (sentencias y autos), los jueces aplican las normas jurídicas abstractas al caso concreto que se somete a su decisión. Todos los matices, significados y posibilidades interpretativas de esas normas en relación con los distintos supuestos de la vida real, se ponen de manifiesto, por parte de los Tribunales, en los razonamientos que efectúan en sus resoluciones. Además, conocer las resoluciones que dictan los jueces es lo mismo que conocer **la interpretación**, la forma de entender las normas que tienen los órganos del Poder Judicial.

Sobre la base de lo dicho, se hace evidente la enorme importancia que tiene la jurisprudencia para los prácticos del Derecho. En efecto, al ser la jurisprudencia el modo de entender las normas del ordenamiento por parte de los órganos (Jueces y Tribunales) a los que les corresponde administrar justicia, todos los que pretendan obtener un fallo favorable de los mismos tratarán de actuar, negociar, y finalmente presentar los asuntos ante los jueces del modo que estos han calificado anteriormente como correcto y acorde a Derecho.

Sin embargo, existe otro concepto más restrictivo de jurisprudencia. **En sentido estricto la jurisprudencia es sólo la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las fuentes del Derecho**. Es decir, para que haya jurisprudencia sobre un asunto es necesario que existan dos sentencias del Tribunal Supremo que con anterioridad ya lo hayan resuelto de idéntica manera. Esta jurisprudencia en sentido estricto se establece que *"complementará el ordenamiento*

*jurídico"* (art. 1.6 CC).

Desde hace mucho tiempo, se viene discutiendo si la jurisprudencia en sentido estricto es o no fuente del Derecho. Si así lo fuese las sentencias contendrían normas jurídicas y, por lo tanto, vincularían a todos los ciudadanos y poderes públicos. Si, por el contrario, no lo fuese, las decisiones del Tribunal Supremo sólo afectarían a los participantes en el juicio concreto que se resolviese por la sentencia. Tradicionalmente se ha entendido que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pese a su trascendental valor práctico y a su autoridad y prestigio (pues es el órgano jerárquicamente más importante del Poder Judicial ordinario), no es fuente del Derecho y no tiene fuerza vinculante para los demás tribunales y juzgados. Sin embargo, en los últimos tiempos, se está comenzando a abrir paso una corriente favorable a la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho. Esta corriente ya se ha plasmado en alguna norma legal (la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) que, por ahora excepcionalmente, ordena a todos los jueces y tribunales sujetarse a lo establecido por el Tribunal Supremo en sus sentencias anteriores.

### **1.5. OTRAS POSIBLES FUENTES DEL DERECHO**

Es usual en las exposiciones del sistema de fuentes hacer alusión a algunas otras posibles fuentes formales o materiales distintas de las enunciadas hasta ahora, para debatir acerca de su condición de tales. En este sentido, es habitual hacer referencia a que la doctrina científica, conformada por la opinión de los jurisconsultos dada a conocer a través de las publicaciones científicas de prestigio; para inmediatamente negar su condición de fuente del Derecho resaltando su importancia práctica y su trascendencia para la evolución progresiva del sistema jurídico. Igualmente es frecuente plantearse la posibilidad de que la autonomía privada, y alguno de los negocios jurídicos a los que da lugar (el contrato, el testamento, etc.) puedan ser fuentes del Derecho. Al igual que en el caso anterior, ello se hace para inmediatamente poner de manifiesto que estas manifestaciones del poder de autorregulación de los particulares sólo son vinculantes para los sujetos que han participado en su creación y para sus causahabientes; por lo que carecen de carácter verdaderamente normativo. Dentro de esta categoría de las normas nacidas de la autonomía privada, sin embargo, un cierto número de autores reconoce el

carácter de fuente de Derecho a los Convenios fruto de la negociación laboral colectiva. Estos Convenios, según DÍEZ-PICAZO, son normas jurídicas independientes, cuya fuerza vinculante emana de la propia Constitución.

## **2. ARTICULACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES: PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y DE COMPETENCIA**

Hasta el momento nos hemos limitado a relacionar las distintas fuentes formales del ordenamiento jurídico, ordenándolas según su importancia. Sin embargo, el Derecho no es simplemente un aglomerado de normas jurídicas yuxtapuestas, más o menos trascendentes. Cada norma, por el contrario, constituye una pieza de un sistema normativo, esto es, un conjunto de elementos (las normas) ordenado de acuerdo con distintos criterios, que permiten a cualquier operador encontrar la pieza (la norma) destinada a ser aplicada para resolver el problema que necesita. En este apartado describiremos los distintos criterios de ordenación y relación entre las normas que permiten contemplar al ordenamiento jurídico como un sistema normativo.

### **2.1. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA**

Dado que es necesario seguir alguna pauta para exponer las fuentes, ya en el epígrafe inicial se han expuesto las que componen el ordenamiento jurídico español siguiendo un criterio de jerarquía o importancia relativa de las mismas. Las más trascendentes se han tratado en primer lugar, tanto al exponer las fuentes del Derecho interno, como las que forman parte del ordenamiento español en virtud de la integración del Estado en la UE. Se evidencia así que existe una relación jerárquica entre las fuentes del Derecho, y que el ordenamiento jurídico es un sistema jerárquico. Un sistema, en definitiva, en el que unas normas tienen mayor valor y rango que otras. De ahí que con gran frecuencia se represente al ordenamiento jurídico como una pirámide (la pirámide normativa) en la que las normas superiores estarían en los escalones más altos de la misma, mientras que las normas inferiores ocuparían los lugares más bajos.

La relación jerárquica existente entre las normas, representada en la pirámide normativa tiene las siguientes consecuencias:

- Las normas de inferior rango sólo pueden entrar a regular una determinada materia cuando no exista una norma de rango superior que regule la misma materia (sólo

se usan las costumbres cuando no existen leyes sobre un determinado asunto). Cuando una norma de rango inferior se limita a repetir lo establecido en una de rango superior nunca será aplicada; y si contradice lo establecido por la de rango superior sucederá lo que se explicita a continuación.

- Todas las normas de rango inferior deben respetar y no contradecir las normas de rango superior (la costumbre no puede contradecir lo establecido en las leyes). Cualquier norma inferior que contradiga o se desvíe de lo dispuesto por una de rango superior será expulsada del ordenamiento por contrariar el principio de jerarquía. Así pues, en el ordenamiento español no pueden subsistir ni las Leyes inconstitucionales (que vulneran la Constitución), ni los reglamentos ilegales (por vulnerar la Ley), ni las costumbre *contra legem*, etc.

Una manifestación del principio de jerarquía, en lo que se refiere al Derecho comunitario, es el denominado **principio de primacía** del Derecho europeo. En virtud de este principio, el Derecho comunitario se impone a todas las normas que componen el Derecho interno. Todas las normas jurídicas de los ordenamientos de los Estados miembros de la UE ceden en caso de conflicto entre la norma interna y la comunitaria. Ni siquiera la Constitución está a salvo de la influencia del principio de primacía. Es la consecuencia de que el Estado español haya cedido su soberanía a la UE en las materias reguladas por el Derecho comunitario.

## **2.2. EL PRINCIPIO DE COMPETENCIA**

En el Derecho español el poder para dictar normas no se concede a todos los sujetos habilitados para ello por igual. Existen ciertas materias o sectores de actividad que sólo pueden ser regulados con normas creadas por sujetos u órganos concretos y de acuerdo con procedimientos determinados. Así, por ejemplo, ciertas materias sólo pueden ser reguladas por las Cortes Generales mediante una Ley Orgánica, y otras sólo pueden ser reguladas por una Comunidad Autónoma o por un Ayuntamiento. Este hecho da lugar al nacimiento del llamado principio de competencia, de acuerdo con el cual **cuando ciertas materias han de regularse por un cierto órgano o sujeto, o a través de un determinado tipo de norma, ningún otro órgano o ningún otro tipo de norma puede ser utilizado para ello**. Infringe, por consiguiente, el principio de competencia

una Ley ordinaria que se emplee para regular derechos fundamentales (reservados a la Ley Orgánica), o un Ley autonómica que regule las Fuerzas Armadas (materia reservada a las Cortes Generales).

En todo caso, aunque se trata de dos manifestaciones distintas del principio de competencia, se suele distinguir el tratamiento de los problemas referentes a la necesidad de utilizar una determinada norma para regular una cierta materia de la cuestión de la distribución de competencias entre los distintos órganos del Estado. Para el primero de los problemas se suele emplear el término «reserva», hablándose de reserva de Ley o de reserva de Ley orgánica para aludir a aquellas situaciones en las que el sistema jurídico exige que una determinada materia se regule mediante Ley o mediante Ley orgánica (en el Derecho español no existe la reserva de reglamentos, de manera que no existen materias regulables sólo por reglamento y que no puedan ser objeto de regulación por Ley). El segundo de los problemas, referente a la distribución de materias entre los distintos niveles en los que se divide territorialmente la organización estatal y, por lo tanto, entre las fuentes formales producidas en cada uno de estos niveles, suele ser denominado con el término reparto o distribución de competencias.

Tanto cuando una materia se haya reservado para que sea regulada mediante un tipo concreto de fuente formal (v.gr. cuando exista una reserva de ley –como en el art. 53.1 CE- o de ley orgánica –como en el art. 81.1 CE-), como cuando la regulación de una cuestión se haya atribuido a un determinado órgano del Estado (v.gr. cuando se haya asignado a una Comunidad Autónoma competencia exclusiva para regular la materia “*Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda*” (art. 148.1.3º CE), su reglamentación a través de una fuente formal distinta o por un órgano del Estado diverso del previsto infringe el principio de competencia y priva de validez a la norma empleada para ello. Es indiferente que la norma empleada para regular una materia con infracción del principio de competencia posea un rango jerárquico superior a la señalada por el principio de competencia o a la empleada por el órgano del Estado competente. Cuando juega el principio de competencia, el principio de jerarquía queda desplazado por aquél. Sólo la modificación de la norma que ha establecido el reparto de competencias o la reserva de que se trate (o la promulgación de una norma con la virtualidad jerárquica necesaria para derogarla o modificarla) podría alterar este efecto. Así, sólo una reforma constitucional de



los artículos arriba referenciados, o del Estatuto de Autonomía en el que se haya asumido la competencia, sería suficiente para permitir la regulación de las materias reservadas a la Ley a la Ley orgánica, o atribuidas a la competencia de la Comunidad Autónoma, por otras fuentes formales u otros órganos del Estado.

### **2.3. OTROS CRITERIOS DE RELACIÓN Y ORDENACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

Además del principio de jerarquía y del de competencia existen otra serie de principios o criterios que también sirven a la misma finalidad ordenadora de las normas jurídicas. Estos criterios son los siguientes:

1) **Principio de temporalidad.** Dado que las normas jurídicas se suceden unas a otras en el tiempo (el Estado y los grupos sociales están continuamente dictando nuevas normas sobre asuntos y materias que ya estaban regulados con anterioridad), es preciso establecer un criterio que permita discriminar cuál ha de aplicarse para resolver un problema concreto. En este sentido, existe el criterio de que **la norma posterior deroga a todas las normas anteriores sobre la misma materia** (*lex posterior derogat legem anteriorem*). De este modo, cuando existan dos normas que regulen un mismo asunto o materia, la más reciente en el tiempo será la que debe aplicarse para resolverlo. El principio de temporalidad o de prioridad temporal solamente juega cuando las normas tienen el mismo rango jerárquico o cuando la posterior sea de mayor rango jerárquico que la anterior y ambas hayan sido dictadas de acuerdo con las exigencias del principio de competencia.

Debe destacarse, además, que la derogación de una norma por otra posterior en las condiciones señaladas es, en principio, la única manera en la que una norma jurídica puede perder vigencia. El art. 2.2º del CC establece que las leyes sólo se derogan por otras posteriores y que “*la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello en lo que la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior*”, precisándose además que “*por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado*”. La derogación se puede producir de forma expresa y también de manera tácita. La derogación expresa tendrá el alcance que la disposición derogatoria establezca. Por la derogación tácita pierden vigor todas aquellas disposiciones previas que sean contrarias o incompatibles con la nueva



regulación, lo cual naturalmente requiere un esfuerzo interpretativo para su determinación. Este mismo esfuerzo interpretativo se requerirá en los casos en los que la derogación expresa se efectúa mediante la frecuente expresión de que «Se entienden derogadas por la presente todas las disposiciones que se opongan o sean incompatibles con la misma».

Pese a lo dicho, es posible que algunas leyes pierdan vigencia sin ser derogadas, cuando hayan sido dictadas expresamente para atender a una determinada situación excepcional y esta ya haya transcurrido (p. ej. una norma dictada para reglamentar el comportamiento cívico durante una catástrofe humanitaria pierden vigor al terminar la situación contemplada por la norma), o cuando se han creado con un plazo expreso de duración por el propio sujeto competente para producir las normas.

2) **Principio de territorialidad.** Dado que el Estado español está dividido en varias circunscripciones territoriales dotadas de poder para dictar normas sobre las mismas materias y asuntos (Poderes Públicos centrales, Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales, etc.), se hace imprescindible determinar con qué extensión territorial se aplicarán las normas creadas por cada una de estos distintos niveles en los que está dividido el poder del Estado. En este sentido, existe en el Derecho español el principio lógico de que **cada norma sólo debe aplicarse al territorio sobre el que se extiende la potestad del órgano del Estado por el que fue creada**. En el caso de la costumbre el principio de territorialidad indica que ésta tendrá un ámbito de aplicación coincidente con el del grupo social que la practica y la ha creado. Así, si una norma sobre sanidad es dictada por una institución autonómica gallega, o si una costumbre es seguida por los ciudadanos de la comarca de Bergantiños, esas normas son aplicables exclusivamente, una a la Comunidad Autónoma de Galicia, y la otra a los habitantes de la comarca de Bergantiños.

3) **Principio de especialidad.** De conformidad con este principio las normas destinadas a la regulación de materias específicas prevalecen sobre las normas destinadas a la regular un conjunto más amplio de supuestos (este principio se expresa en el conocido aforismo *lex specialis derogat lege generale*). El principio de especialidad solamente juega cuando las normas tienen el mismo rango jerárquico o cuando la

posterior sea de mayor rango jerárquico que la anterior y ambas hayan sido dictadas de acuerdo con las exigencias del principio de competencia.

### **Bibliografía:**

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*, Ed. Edisofer, Madrid, 2009 (18ª ed.)

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Manual de Derecho Civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, Madrid, 2006 (4ª ed.)

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Ed. Cívitas (ed. facsímil de la realizada por el Instituto de Estudios Políticos en 1949 y 1952), Madrid, 1984

DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Derecho privado. Derecho de la persona*, Ed. Colex, Madrid, 2008 (3ª ed.)

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, T. I., Ed. Tecnos, Madrid, 2003 (11ª de.)

LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros, *Elementos de Derecho Civil. T. I. Vol. 1º*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010 (6ª ed.).

**FERNANDO PEÑA LÓPEZ**

REVISADO E ACTUALIZADO POR **LORENA PEITEADO PEREZ**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 2**

# **EL DERECHO OBJETIVO. LAS NORMAS JURÍDICAS; CARACTERES, ESTRUCTURA Y CLASES. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

## **TEMA 2. EL DERECHO OBJETIVO. LAS NORMAS JURÍDICAS, CARACTERES, ESTRUCTURA Y CLASES. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS.**

### **1. EL DERECHO OBJETIVO:**

#### **1.1. Concepto de «Derecho objetivo»**

El Derecho objetivo es el «Derecho» entendido como regla del obrar humano o como regla de conducta; frente al «derecho subjetivo» que se identifica con un poder o con una facultad atribuida a un determina sujeto y jurídicamente protegida (*vid.* Tema 3).

El Derecho objetivo se identifica, tradicionalmente, con el Ordenamiento jurídico o conjunto de normas que rigen en una determinada comunidad jurídica en un concreto momento histórico. En una acepción más moderna y más técnica, enunciada por Santi Romano, por Ordenamiento jurídico ha de entenderse no solamente el conjunto de normas que rigen una determinada comunidad jurídicas en un momento determinado, sino también los órganos que producen esas normas y los órganos que aplican las normas jurídicas producidas. En este segundo sentido, se contempla el Ordenamiento jurídico como una realidad dinámica, en tanto que el se está constantemente elaborando y aplicando.

Tradicionalmente el Derecho objetivo se subdivide en dos grandes categorías: el Derecho público y el Derecho privado.

#### **1.2. La distinción Derecho público – Derecho privado**

El término «*Derecho privado*» se utiliza con dos significados diversos: *a)* Como el conjunto de normas jurídicas delimitadas según ciertos criterios, en relación con otras normas pertenecientes al mismo sistema. *b)* Como la rama de la ciencia del Derecho que tiene como objeto de estudio aquel conjunto de normas jurídicas. De estos dos significados del término, en esta sede ha de tomarse en consideración el primero en orden a buscar el criterio delimitador del conjunto de normas jurídicas integrantes del Ordenamiento jurídico considerado en su totalidad que integran aquélla parte del mismo a la que, por oposición al «*Derecho público*» denominamos «*Derecho privado*».

Pese a que la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado ha sido negada, con diversos fundamentos, por autores como KANT, DUGUIT o Kelsen, su mantenimiento aparece justificado por la trascendencia práctica que presenta y que se manifiesta en los principios informadores aplicables a ambos campos normativos, en el carácter que tienen sus normas con respecto a la autonomía privada, en los poderes que estas normas otorgan, en la forma de gestarse los actos dentro de cada categoría y, por último, en la jurisdicción competente para conocer de los conflictos de intereses que surjan en cada uno de esos ámbitos normativos.

Admitida la necesidad de mantener tal distinción -que, en ningún caso cuestiona la unidad del Ordenamiento jurídico-, sin embargo el criterio a utilizar en orden a deslindar los respectivos ámbitos del Derecho público y del Derecho privado ha sido, y es, controvertido entre los numerosos autores que se han pronunciado sobre esta cuestión. Seis son los criterios que fundamentalmente se han utilizado en orden a precisar la distinción en cuestión (aunque ya, en el año 1904, HOLLINGER exponía 104 teorías acerca de esta distinción):

1º.- De acuerdo con la llamada teoría de la identidad de los sujetos, la diferencia se establece en función de si interviene o no el Estado en la relación objeto de regulación. Este es el criterio de distinción asumido, *v.gr.*, por EISENMANN: «*le droit public régit les rapports de l'État avec les particuliers, le droit privé les rapports des particuliers entre eux*». Este criterio no responde a la realidad puesto que la intervención del Estado no implica la aplicación del Derecho público, ya que para que esto ocurra es necesario que, además, el Estado actúe en el ejercicio de sus potestades.

2º.- El segundo criterio utilizado tiene en cuenta la posición que ocupan los sujetos en las relaciones reguladas: el Derecho público regularía las relaciones de subordinación (relaciones en las que el Estado actúa en un plano de superioridad), mientras que el Derecho privado regularía las relaciones que se establecen entre sujetos situados en el mismo plano (relaciones de coordinación).

Este criterio tampoco resulta de recibo puesto que en el ámbito del Derecho privado también existen relaciones en las que se produce una cierta subordinación tanto desde un punto de vista formal (*v.gr.*, las que resultan del ejercicio de una potestad en el Derecho de familia, la que se produce en el seno de la relación laboral, aquellos supuestos en los que la

Administración actúa por el cauce del Derecho privado -el hecho de que actúe al servicio del interés público, justifica que aparezca en un plano de superioridad-, etc.), como desde una perspectiva real. Por otra parte, en el ámbito del Derecho público existen campos normativos en los que no puede hablarse de subordinación (*v.gr.*, cuando se regula la estructura y funcionamiento de las Administraciones Públicas, las relaciones propias del Derecho internacional público, las relaciones entre distintos entes integrantes de las Administraciones Públicas, etc.).

3º.- Se ha tratado de diferenciar el Derecho público frente al Derecho privado señalando que las normas de Derecho público son normas de origen estatal mientras que las normas de Derecho privado derivan del ejercicio del principio de autonomía privada. La crítica a esta forma de ver la distinción es fácil, puesto que es obvio que las normas de Derecho privado -excepto la costumbre y, dependiendo de la concepción que se adopte, los principios generales del Derecho- son normas de origen estatal, al tiempo que no pueden caracterizarse como normas jurídicas los preceptos negociales.

4º.- También se ha tratado de establecer la diferencia en función de la naturaleza de las normas de uno y otro ámbito normativo (W. BURCKHARDT): Las normas del Derecho público serían normas de Derecho imperativo o de «*ius Mogens*», frente a las normas del Derecho privado que serían normas de carácter dispositivo. La crítica nuevamente se presenta como obvia: si bien es cierto que en el ámbito propio del Derecho público es difícil encontrar normas de carácter dispositivo, en el Derecho privado existe un campo enorme y hasta creciente de normas de Derecho imperativo (*v.gr.*, las normas relativas a la adquisición de la personalidad y reguladoras de los estados civiles, las normas que establecen los requisitos esenciales de los contratos, los límites a la autonomía privada, las normas que establecen los límites de carácter público al derecho de propiedad y a los demás derechos reales y, en general, las normas integrantes del Derecho de familia, las normas que regulan las cuotas legitimarias, la sucesión intestada, los requisitos de los testamentos, etc.).

5º.- Según otra teoría, mientras que las normas de Derecho público dan lugar a una procedibilidad de oficio, las normas de Derecho privado sólo generan una procedibilidad a instancia de parte. Esta distinción si bien se aproxima más a la realidad que las anteriores, no es exacta en tanto en cuanto existen supuestos de procedibilidad a instancia de parte en el

Derecho público -caso, *v.gr.*, de los atentados al honor tipificados como delitos-, siendo la procedibilidad de oficio aceptada también en el Derecho privado como ocurre en el caso de apreciación de oficio de la nulidad de pleno derecho de los negocios jurídicos contrarios a normas imperativas o en el ámbito del Derecho de consumo, por infracción de derechos irrenunciables de los consumidores y usuarios (*ex art.* 10 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU aprobada por RD legislativo 1/2007 de 16 de noviembre y modificado por la Ley 3/2014 de 27 de marzo de modificación del TRLGDCU).

6º.- La última de las teorías que se han formulado en orden a delimitar el ámbito del Derecho público en relación con el del Derecho privado centra la distinción en los intereses protegidos, considerando que mientras las normas de aquél protegen intereses considerados generales, las de éste protegen intereses privados -«*Ius publicum est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad utilitatem singulorum pertinent*» (D. 1, 1, «*De iustitia et iure*», 2 [ULPIANO])-

Sin embargo, la diferenciación últimamente enunciada, asumida, entre otros, por A. WEILL, tampoco resulta acertada y ello por varias razones:

- i)* Cuando se protegen intereses generales se están protegiendo necesariamente, al tiempo, intereses privados, de igual forma que al proteger intereses privados se protegen intereses de todos los integrantes de la comunidad jurídica.
- ii)* Desde el advenimiento del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 de la CE) la protección de los intereses privados encuentra un límite en la protección del interés de la comunidad (*v.gr.*, arts. 33.2, 38, 128 de la CE y arts. 6.2 y 7.2 del CC).
- iii)* Las Administraciones Públicas pueden actuar a través de los cauces proporcionados por el Derecho privado, pero aún en estos supuestos tendrán que perseguir un interés general (art. 103.1 de la CE). Por otra parte, existen también casos en los que los particulares persiguen finalidades de interés público con sus actuaciones (*v.gr.*, constituyendo asociaciones que tengan como finalidad un interés general).

Puesto que parece indudable que las normas de Derecho público y de Derecho privado tienen el mismo origen y la misma estructura, la diferencia habrá de buscarse en la materia que es objeto de regulación, de acuerdo con el criterio generalizado en los tratadistas

italianos del Derecho administrativo, en los que ha tenido su génesis y seguido hoy, en general, por toda la doctrina italiana (P. TRIMARCHI). De acuerdo con esta tesis, el Derecho público sería aquel Derecho que regula la organización y funcionamiento del Estado cuando el Estado (entendido en sentido amplio, como equivalente al conjunto de las Administraciones Públicas) actúa en el ejercicio de su potestades, en el ejercicio de su soberanía (revestido de «*imperium*»), de forma que constituyen el objeto de la regulación del Derecho público: 1º.- La organización de la estructura y funciones del Estado y de los órganos del mismo; y, 2º.- Las relaciones que, en el ejercicio de su soberanía, el Estado establece con otros entes, tanto públicos como privados.

En consecuencia, de acuerdo con este criterio es necesario que concurren las dos notas siguientes para que se pueda calificar una relación como de Derecho público: 1ª.- Que al menos uno de los sujetos intervinientes en la relación sea el Estado (en sentido amplio) -condición ésta que se presenta como necesaria pero no suficiente-. 2ª.- Que el Estado actúe en esta relación en el ejercicio de sus potestades, revestido de «*imperium*».

Admitida esta distinción, fácilmente se comprende que no se puede confundir la actividad del Estado con la actividad regulada por el Derecho público. La esencia del Estado de Derecho implica que para que el Estado pueda actuar a través del «*ius imperium*» es necesaria una ley «*ad hoc*» habilitante, de forma que si ésta no existe, el Estado habrá de actuar como un particular más en las relaciones jurídicas que entable. Precisamente en función de que el Estado tenga mayor o menor facilidad para establecer relaciones con particulares en la actuación de su soberanía se diferencian dos grandes tipos de regímenes jurídicos: el modelo francés-continental del «Estado de Derecho administrativo» (el sistema de «*Droit administratif*») en el cual la actividad estatal se desenvuelve normalmente a través de los actos de soberanía -actos administrativos-; y el modelo inglés del «Estado de Derecho común» («*rule of law*»), en el que la regla general es la actuación del Estado a través del cauce del Derecho privado (el acto paradigmático en estos regímenes jurídicos lo constituye el contrato).

Por último, es preciso señalar que las instituciones del Derecho privado son comunes a los sujetos, sean estatales o no (la propiedad, el contrato, la responsabilidad civil,...) y que el Derecho privado opera como Derecho común respecto al Derecho público (mientras que el



Derecho público es Derecho privativo del Estado). Pero pese a que la jurisprudencia y la doctrina dominantes admiten que las normas aplicables a la acción administrativa provienen tanto del Derecho administrativo especial como del Derecho privado, algunos autores –entre otros, AUBRY y LAMARQUE– han puesto en duda esta afirmación al poner de relieve como en el sector de actividad que tradicionalmente se considera regido por el Derecho privado abundan las reglas especiales, puesto que, *v.gr.*, la Administración Pública no tiene libertad para elegir los contratistas en los contratos regidos por el Derecho privado, las deudas de naturaleza privada pueden estar garantizadas a través de procedimientos exorbitantes del Derecho común, en las actividades de servicio público industriales y comerciales se imponen los principios del servicio público. En consecuencia, parece que el Derecho privado aplicable a la acción administrativa se encuentra siempre teñido por la finalidad de interés general que ha de regir la actividad de la Administración y, por esta razón, el Derecho privado que rige la actuación de la Administración no es jamás idéntico al que se aplica a las relaciones entre particulares.

Por otra parte, esta afirmación no debe llevarnos a desconocer que existe una tendencia creciente de invasión del Derecho privado por principios procedentes del Derecho público que encuentra su razón justificadora en la configuración del Estado como un «*Estado social y democrático de Derecho*» ex art. 1.1 de la CE. En definitiva, pese a que, como señala G. ALPA, al tiempo que es preciso recordar la vitalidad de la distinción entre el Derecho público y el Derecho privado, han de advertirse, desde el punto de vista teórico, la presencia de factores unificadores: los principios generales del Derecho y los «*status*», entendidos como representaciones poliédricas de las situaciones en que se encuentra la persona, situada todavía en el centro del Ordenamiento o de la práctica jurídica.

Con frecuencia, un mismo ámbito material es objeto de toma en consideración por normas de Derecho privado y de Derecho público, estableciendo una duplicidad de regulaciones que parten de la toma en consideración de los intereses privados y públicos que han de ser objeto de tutela; si bien existen otras razones adicionales para justificar la concurrencia de ambas técnicas de protección, como son la ineficacia de las sanciones civiles, si se toman en consideración los costes que su puesta en marcha implica, frente a las posibles ventajas que las mismas representarían para el actor; así como la función de prevención general que cumplen, en mayor medida, las sanciones administrativas que las

estrictamente privadas.

Paradigmáticamente las relaciones de consumo constituyen uno de estos ámbitos objetivos o materiales –a la previsión de la manera de satisfacer intereses privados, en caso de vulneración de derechos o intereses legítimos de esta naturaleza, se superpone la tipificación, como ilícito administrativo, de la conducta que ha provocado tal vulneración, resultando así acreedora de una sanción de naturaleza administrativa o propia del Derecho público, ordinariamente en forma de multa-, pero no son el único ejemplo de esta duplicidad de tutela, que se produce también en relación con el derecho de propiedad, en el ámbito del Derecho «*antitrust*» e, incluso, *v.gr.*, en el ámbito propio de las relaciones de Derecho de familia y, en particular, en lo que afecta a la protección de los menores en situación de desamparo. En todo caso la premisa de que ha de partirse consiste en que la sanción de nulidad que contempla el art. 6.3 del CC es compatible con sanciones de otra naturaleza y, en particular las propias de las normas de Derecho público, como pueden ser las penas, las multas administrativas, las prohibiciones de contratar, etc.. Claro está que afirmar la compatibilidad entre la nulidad y la previsión de otro efecto distinto para el caso de contravención de la norma imperativa no aclara nada en relación con los supuestos en los que la previsión expresa de este efecto distinto conlleva una implícita declaración de validez del negocio que contraviene aquélla, en el ámbito jurídico-privado, debiendo ser resuelta esta cuestión de la interpretación de la norma jurídico-pública o administrativa vulnerada, pues la mayor parte de estas normas, de carácter cogente, prevén algún tipo de efecto para el caso de su contravención.

La jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del TS parece haber abandonado la doctrina consistente en «*vincular la competencia jurisdiccional a la naturaleza sustantiva de la norma*» y ello porque esta doctrina, que con razón rechaza, ahora, el Tribunal Supremo por «*trasnochada*», pero que ha sido y es empleada por los jueces y por la doctrina científica en multitud de ámbitos materiales (*v.gr.*, las normas que establecen limitaciones o prohibiciones respecto de la transmisión de una vivienda de protección oficial o de una oficina de farmacia, o que un determinado juego es ilícito en el marco de una CA), da lugar a una incoherente y contradictoria concepción del Ordenamiento jurídico en el que una conducta se considera irrelevante o permitida, o bien ilícita y digna de sanción, según sea el orden jurisdiccional al que esté atribuida la competencia para

enjuiciarla -de esta doctrina jurisprudencial que parece empezar a superarse constituyen ejemplos paradigmáticos los pronunciamientos de la SSTS, Civil, de 3 de septiembre de 1992 [RJ 1992\6882] (y otras posteriores que la siguen, *v.gr.*, las de 14 de octubre de 1992 [RJ 1992\7557] y de 4 de mayo de 1994 [RJ 1994\3562]) que declara la validez de la venta de una VPO por precio superior al máximo fijado legalmente, de 26 de abril de 1995 [RJ 1995\3257], que no estima nula una disposición testamentaria que conculca las normas administrativas sobre la cesión de comisión de negocio de lotería; la STS de 17 de octubre de 1987 [RJ 1987\7293], de acuerdo con la cual la contravención de las normas reguladoras de la actividad de farmacia no constituye causa suficiente para decretar la nulidad de los pactos privados de la división de beneficios de un negocio de farmacia heredado; y más recientemente, la STS de 17 de julio de 2008 [RJ 2008\5666]). Razonable parece considerar que lo que es ilícito de conformidad con una norma que forma parte del Ordenamiento jurídico, sea ésta de Derecho público o de Derecho privado, es ilícito en todos los sectores de ese mismo Ordenamiento. Que de esa ilicitud deba seguirse, o no, la sanción de nulidad de pleno derecho establecida, como sanción general en defecto de la previsión expresa de otra, por el artículo 6.3 del CC para el negocio que incurre en ella es una cuestión de interpretación de la *ratio* de la norma infringida pero, «*per se*», el hecho de que la norma sea de Derecho público o de Derecho privado ni impide ni avala necesariamente la procedencia de la sanción de nulidad «*ipso iure*».

En efecto, la trascendencia jurídico-privada de las normas de Derecho público y, en particular de las normas de Derecho administrativo ha resultado reforzada en fechas recientes merced a un cambio en la doctrina jurisprudencial del TS que merece ser destacado y ponderado, a tenor del cual se ha dotado de eficacia en el ámbito de las relaciones sometidas al imperio de la autonomía privada a normas calificadas como de Derecho administrativo, de manera que a la sanción de esta naturaleza que prevean para el supuesto de hecho que contemplan, se superpone la posible nulidad del negocio jurídico de contravención, con fundamento en la previsión general del art. 6.3 del CC, lo que redundará en la unidad y coherencia del Ordenamiento jurídico, proscribiendo que la ilicitud jurídico-pública o administrativa de constriña a este ámbito, para mantener la licitud en el ámbito jurídico-privado. En consecuencia, el hecho de que la norma administrativa establezca una sanción administrativa para el caso de contravención de la misma, guardando silencio sobre la

eficacia o ineficacia de los negocios jurídicos-privados, no excluye este efecto. De esta manera es necesario revisar la afirmación doctrinal de que la sanción de nulidad no se reputa aplicable a los supuestos de normas administrativas, imperativas o prohibitivas (normas de «*ius cogens*») que se argumentaba con cita de diversas Sentencias de la Sala de lo Civil del TS, por estar prevista, para estos casos una sanción diversa. La doctrina jurisprudencial a que se alude no precisa, sin embargo, requisito alguno en relación con el rango normativo de la norma administrativa infringida, si bien en todos los casos que se enuncian, se trataba de normas de rango legal. En consecuencia, la infracción de normas autonómicas de naturaleza administrativa, en particular si se trata de normas de rango legal, habrán de provocar aquella misma consecuencia jurídica –así sucede en el caso resuelto por la STS de 31 de octubre de 2007 [RJ 2007\8644], en la que la nulidad del contrato se funda en la infracción de la Ley de Cooperativas de la CA de Andalucía de 1985-, si bien ha de matizarse esta afirmación en relación con normas autonómicas de rango legal dictadas al amparo de títulos competenciales tales como la protección de los consumidores, la ordenación del comercio interior, el urbanismo y la vivienda, etc., respecto de los que diversas Sentencias del TC han excluido que puedan determinar consecuencias jurídico-privadas tales como la nulidad o anulabilidad de los contratos. En efecto, a la luz de la doctrina del TC sobre la competencia de las CCAA en materia de fijación de las consecuencias civiles de las normas que dicten en ejercicio de su competencia (*v.gr.*, especialmente la STC 62/1991, de 22 de marzo, con respecto al art. 22 del Estatuto Gallego del Consumidor)- permitiría cuestionar la adecuación constitucional de estas normas.

## **2. LAS NORMAS JURÍDICAS; CARACTERÍSTICAS, ESTRUCTURA Y CLASES**

### **2.1. Concepto**

Desde el punto de vista del Derecho positivo, la norma jurídica es un precepto, coactivamente establecido por los poderes normativos de una comunidad –ordinariamente identificada con el Estado- para un supuesto de hecho abstracto.

En consecuencia la norma jurídica es un «*precepto*» en el sentido dado a este término por NORBERTO BOBBIO, quien entiende que el precepto es una proposición, de carácter prescriptivo e imperativo. Una proposición no es más que una oración o conjunto de oraciones gramaticales que tienen un significado o un sentido. Esta

proposición, en el caso de las normas jurídicas, ha de ser de carácter prescriptivo –no descriptivo– para cuya determinación ha de observarse el carácter intrínseco del mandato que contiene. Además ha de tener carácter imperativo, en tanto que ha de imponer un comportamiento, como el objeto de una obligación o de un deber, que se presenta como debido. Este precepto está coactivamente establecido, de manera que se han previsto sanciones por parte del Ordenamiento jurídico para el supuesto de la inobservancia del precepto. Estas sanciones son reacciones del Ordenamiento jurídico –tienen por lo tanto un carácter esencialmente extrínseco, a diferencia de las sanciones para el caso de incumplimiento de deberes morales– adversas para los intereses de los sujetos de Derecho que incumplen los mandatos del precepto. Son preceptos establecidos coactivamente por los órganos normativos de la comunidad, lo que diferencia a la norma jurídica de la norma puramente social.

La norma jurídica se caracteriza frente a los demás preceptos jurídicos por el hecho de que está prevista para un supuesto de hecho abstracto –lo que determina el carácter de abstracción o generalidad de la norma jurídica–. Está prevista para un supuesto de hecho, que puede consistir tanto en una situación jurídica en sentido estricto –una posición jurídica estáticamente considerada de una persona o de una cosa (*v.gr.*, posición jurídica de concebido, de incapaz, de ausente, de perjudicado por un daño, de comprador, etc.)– o por un hecho jurídico –la consecuencia jurídica se producirá cuando se realice o tenga lugar un determinado acontecer (*v.gr.*, cuando el vendedor no entregue la cosa objeto del contrato, cuando se infiera culposamente un daño en un patrimonio ajeno, etc.)–. La abstracción de la norma jurídica no se refiere al hecho o a la situación jurídica en sí, sino que se refiere a los sujetos a quienes afecta el hecho o a los que se refiere la situación. La abstracción es necesaria para que pueda considerarse que se trata de una norma jurídica y ello por exigencia de los principios constitucionales de seguridad jurídica (art. 9.3 de la CE) y de igualdad ante la ley (art. 14 de la CE). Si alguna excepción se quiere establecer a la abstracción de las normas jurídicas, es necesario dictar una ley en sentido estricto (*v.gr.*, para reconocer una pensión extraordinaria a un héroe militar, etc.).

Se suele afirmar que el supuesto de hecho de la norma jurídica tiene que ser hipotético. Sin embargo, existen normas jurídicas dictadas para supuestos de hecho o hechos ya acontecidos (*v.gr.*, ayudas públicas para los afectados por determinados virus contagiados en intervenciones médicas; para los afectados por un concreto desastre natural, etc.).

## **2.2. La estructura de la norma jurídica**

A efectos de exponer la estructura de las normas jurídicas, debe diferenciarse entre las llamadas normas primarias y normas secundarias.

La norma jurídica primaria está integrada por un supuesto de hecho, del que se predica una determinada consecuencia jurídica. La consecuencia jurídica establece una regulación de deberes y de correlativos poderes.

La norma jurídica secundaria prevé sanciones para el caso de incumplimiento de los deberes impuestos en la norma primaria –para el caso de que el comportamiento debido haya sido inobservado, lo que constituye un acto ilícito-. El Ordenamiento jurídico reacciona contra el autor del acto de incumplimiento del precepto normativo disponiendo, para el caso de transgresión, la producción de consecuencias jurídicas de carácter adverso para el infractor, que se denominan sanciones.

Las sanciones de Derecho privado fundamentalmente consisten en el deber que tienen los órganos correspondientes del Estado de adoptar alguno de los dos siguientes comportamientos: impedir el nacimiento de consecuencias jurídicas derivadas del comportamiento infractor o eliminar las consecuencias antijurídicas ya producidas. En última instancia se procederá a la privación forzosa de bienes del patrimonio del infractor que sean necesarios para eliminar las consecuencias jurídicas producidas por la infracción.

### **– Clases de normas jurídicas**

Una clasificación de las normas jurídicas que pretenda ser útil ha de tomar en consideración ha de tomar en consideración los tipos de normas que presenten una consecuencia jurídicas. A estos efectos puede partirse de los tipos de normas que enuncia el Título Preliminar del CC, en el que el art. 4.2 del CC contempla normas

penales, normas excepcionales y normas de ámbito temporal; el art. 4.3 del CC, las normas de Derecho común y las normas de Derecho especial; y el art. 6.3 del CC enuncia la distinción entre normas imperativas o cogentes y las normas dispositivas.

### **2.3.1. Normas de Derecho imperativo o cogentes y normas de Derecho dispositivo**

Las normas imperativas –o cogentes– son aquéllas cuya aplicación no puede soslayarse en virtud de un acto de exclusión o de modificación de su reglamentación por los preceptos dictados en el ejercicio de la autonomía privada –no puede ser excluida su aplicación por los preceptos negociales–. Con carácter general puede afirmarse que las normas de Derecho público –penales, tributarias, administrativas y procesales– son de Derecho imperativo; mientras que el Derecho privado patrimonial es el ámbito propio de las normas de Derecho dispositivo; esto es, de las normas que permiten su exclusión o su modificación por los preceptos negociales. Con todo no puede olvidarse que también en el ámbito del Derecho privado patrimonial existen normas de naturaleza imperativa –sirvan como ilustrativos ejemplos las normas que regulan los requisitos esenciales de los contratos y las que regulan las relaciones de consumo, estableciendo derechos de los consumidores y usuarios inderogables por virtud de la autonomía privada (art. 10 del TRLGDCU)–, que integran el llamado orden público, en sentido económico y que es erigido por el art. 1255 del CC como límite al ámbito de aplicación del principio general de autonomía privada. El art. 6.3 del CC prescribe, con alcance de norma general, que los actos contrarios a las normas imperativas son nulos de pleno derecho, salvo que una norma jurídica en concreto establezca una sanción diversa de la nulidad «*ipso iure*» para el caso de contravención. La finalidad de este precepto es delimitar el alcance de la órbita de la nulidad de pleno derecho o «*ipso iure*». Se trata de una nulidad de carácter automático –sin necesidad de que medie impugnación previa como acontece en los supuestos de mera anulabilidad–, establecida en interés público y apreciable «*ex officium*», sin que la acción para hacerla valer esté sometida a plazo de prescripción o de caducidad –a diferencia de la acción de anulabilidad que caduca a los cuatro años, ex art. 1301 del CC–.



### **2.3.2. Normas de Derecho común y de Derecho especial**

El concepto de Derecho común tiene diversas acepciones. Prescindiendo del concepto histórico de Derecho Común o «*Ius commune*» –el Derecho romano-justiniano recibido y reelaborado-, el Derecho común lo es por razón de las personas a las que está dirigido –frente a los Derechos especiales que contienen una regulación destinada a determinados grupos de personas (*v.gr.*, el el Derecho administrativo, el Derecho mercantil y el Derecho laboral)- o a un determinado territorio del Estado. En este último concepto los Derechos civiles autonómicos –tradicionalmente conocidos como Derechos forales- son Derechos especiales –por razón del territorio-, si bien por razón de los sujetos a los que están dirigidos son Derechos de naturaleza común y, por lo tanto, dotados de la nota de expansividad a tenor de la previsión del art. 4.3 del CC. También se utiliza el concepto de Derecho especial para referirse a las leyes civiles que no forman parte del CC, de manera que éste sería el Derecho común frente al Derecho especial constituido por las normas extracodiciales (*v.gr.*, la LH, la LGDCU, la LAU o la LAR, entre otras muchas).

Las normas de Derecho común, a tenor de lo dispuesto en el art. 4.3 del CC, tienen la nota de la expansividad, de manera que se aplican a todas las relaciones jurídicas respecto de las que no existe una norma de Derecho especial. Por su parte el Derecho especial deroga al Derecho común, para el ámbito específico, personal o territorial de aplicación.

### **2.3.3. Normas de Derecho excepcional y de Derecho normal**

Las normas excepcionales –o de Derecho excepcional- se contraponen a las normas de Derecho normal. El Derecho normal está integrado por aquellas normas que son conformes con los principios generales informadores del Ordenamiento jurídico, mientras que el Derecho o las normas que no constituyen un desarrollo de estos principios, son normas de Derecho excepcional. Las normas de Derecho excepcional no son susceptibles de aplicación analógica, en tanto que fuera de lo previsto en una norma excepcional se encuentran los principios generales del Derecho (art. 1.4 del CC).



#### **2.3.4. Normas sancionadoras**

El concepto de «*normas [leyes] penales*» tiene una concepción estricta, como normas que sancionan infracciones penales –delitos y faltas– en sentido estricto; y una acepción amplia, como equivalente a normas sancionadoras en general. El término utilizado en el art. 4.2 del CC debe entenderse en sentido amplio, aplicándose la interdicción de la aplicación analógica a todas las normas sancionadoras; al igual que las disposiciones que contemplan la irretroactividad de las disposiciones normativas sancionadoras (art. 9 de la CE) y las que imponen el principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25 de la CE).

#### **2.3.5. Normas temporales**

Las normas de ámbito temporal o leyes temporales (en expresión del art. 4.2 del CC), son normas cuya aplicación está restringida a un plazo o periodo de tiempo definido o delimitado y se contraponen a las normas o leyes de carácter permanente, cuya vigencia temporal es indefinida en el tiempo, sin perjuicio de su posible derogación –expresa o tácita– en virtud de normas posteriores en el tiempo (ex art. 2.2 del CC). Las normas denominadas transitorias, o más técnicamente de Derecho intertemporal son las normas que rigen los conflictos de leyes que se producen como consecuencia de una legislación nueva, en relación con la legislación vigente hasta la fecha de entrada en vigor de la nueva.

#### **2.3.6. Normas de Derecho interregional**

Las normas dirigidas a dirimir los conflictos entre normas en su dimensión espacial o ámbito territorial de aplicación son las normas de Derecho interregional o de Derecho internacional privado.

### **3. INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN Y EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS**

#### **3.1. Interpretación de las normas jurídicas**

##### *3.1.1. La necesidad de la interpretación de la norma jurídica*

La norma jurídica es un precepto, mandato o imperativo que, al producirse a través de signos externos que son las palabras y ser una creación humana que se inserta

en un mundo de intereses contrapuestos, es susceptible de presentar distintos significados en función de si se atiende exclusivamente a su tenor literal, a la intención de su autor, a la doctrina científica que la interpreta o a los intereses en conflicto. La aplicación de una norma jurídica para resolver un conflicto de intereses requiere la indagación de su significado a través de la labor de interpretación.

### *3.1. 2. La meta de la interpretación de la norma jurídica*

De conformidad con lo afirmado en el epígrafe precedente, la meta o finalidad de la interpretación jurídica consiste en la fijación del significado de la norma jurídica objeto de la misma. En relación con esta cuestión, se han formulado diversas tesis acerca de cuál es la meta de la investigación del significado de la norma jurídica en la tarea de interpretación; a saber:

1ª) La teoría legislativa primitiva consideraba que, en la interpretación de la norma, ha de estarse a la letra de la misma, al significado gramatical de sus palabras. Es un teoría que ha de rechazar por insuficiente y porque sitúa a la gramática por encima de la equidad y de la justicia, al tiempo que deviene ineficaz ya que exigiría acudir al legislador para determinar el significado de la norma.

2ª) A tenor de una segunda teoría, se trata de indagar la voluntad sicológica del autor de la norma, debiendo colocarse el intérprete en la perspectiva del legislador y reprimar, artificialmente, la voluntad de éste. Esta teoría presenta dos desventajas: la voluntad sicológica del legislador no es sino una ficción y ello por cuanto los órganos legislativos son pluripersonales y, por otra parte, se produce una desconexión de la norma con los principios generales del derecho, al tiempo que provoca inseguridad jurídica.

Además de las razones ya enunciadas en contra de la admisión de los postulados de las dos teorías expuestas someramente, deben ser descartadas por cuanto las rechaza el art. 3 del CC al prescribir que las normas se interpretarán «*atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*» y no, por lo tanto, a la finalidad perseguida por el legislador –sin perjuicio de que ésta haya de tenerse en cuenta–, al tiempo que el espíritu de la norma es un criterio que puede no ser acorde con la letra de la ley.

En consecuencia, parece que en la interpretación jurídica ha de buscarse la «*voluntas legis*» –no la «*voluntas legislatoris*»–, que debe ser averiguada de una forma objetiva. Para ello la doctrina clásica ha establecido dos sistemas fundamentales, sin perjuicio de la existencia de otros: la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses.

De conformidad con los postulados de la jurisprudencia de conceptos, en la interpretación se trata de averiguar cuál será el significado objetivo de la norma a través de sistemas de conceptos y subconceptos, que los autores vienen realizando al estudiar los Ordenamientos jurídicos.

Para el sistema propio de la jurisprudencia de intereses, para averiguar el significado objetivo de la norma, ha de verse el conflicto de intereses contrapuestos que subyace en la misma y determinar cuál es el que ha ordenado la norma sacrificar o preterir en atención a la concurrencia de un interés merecedor de protección.

La voluntad objetiva de la norma, que se erige en la finalidad fundamental de la interpretación jurídica, debe averiguarse a través de la jurisprudencia de intereses, constituyendo un elemento auxiliar, a estos efectos, la jurisprudencia de conceptos. No se trata de averiguar el sentido objetivo de una norma aislada, sino que la norma ha de situarse en el contexto de un plan del Estado en el que se basa la organización jurídica y social, para lo cual los principios informadores del Ordenamiento jurídico tienen una importancia fundamental.

### *3.1.3. Los medios de interpretación de la norma jurídica ex art. 3 del CC*

Los medios de interpretación de la norma jurídica o criterios hermenéuticos están enunciados en el art. 3 del CC: 1) El sentido propio de las palabras de la norma –instrumento literal o gramatical-. 2) El contexto de la norma o elementos sistemático. 3) El elemento histórico. 4) El elemento sociológico.

1º) El elemento gramatical: Para la interpretación de la norma debe tomarse en consideración el sentido o significado del conjunto de palabras que conforman la norma interpretada en un análisis sintáctico y no morfológico de aquéllas, dándoles el significado que tengan en el mundo jurídico. Con todo, la claridad que pueda

arrojar el análisis gramatical de la norma no determina que la labor de interpretación haya concluido, debiendo desvirtuarse la virtualidad del brocardo «*in claris non fit interpretatio*», por cuanto han de tomarse en consideración los demás cánones de interpretación prescritos en el artículo del CC que nos ocupa.

2º) El contexto de la norma –elemento sistemático–: El análisis gramatical de las palabras que conforman la norma jurídica interpretada ha de realizarse de conformidad con el contexto de la norma, integrado por el entorno de la misma: las palabras que la conforman, las normas que se encuentran sistemáticamente ubicadas en su entorno y la posición de la norma en el conjunto del Ordenamiento jurídico. Pero el significado del canon contextual no se limita al contexto de la norma, aun en el sentido amplio enunciados, sino que incluye el contexto político, cultural, económico, social, tecnológico, etc., existente en el momento de entrada en vigor de la norma.

3º) El canon histórico: En la interpretación ha de tomarse en consideración no sólo la evolución del Ordenamiento jurídico precedente a la entrada en vigor de la norma interpretada, sino también la evolución posterior, que permita dotarla de su significado actual o presente.

4º) La realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada: Se trata de tomar en consideración el entorno social existente en el momento de interpretar y aplicar la norma al caso, tomando en consideración factores económicos, sociales y políticos, pero también los principios generales del Derecho vigentes en ese momento histórico.

Los expuestos son los instrumentos o cánones de interpretación que enuncia el art. 3.1 del CC, sin perjuicio de que en las obras científicas que tratan de la interpretación de la norma se añada el elemento lógico. El CC no hace referencia al mismo por tratarse de una actividad eminentemente racional y que, en consecuencia, es un elemento inexcusable en la interpretación: el uso de las reglas lógicas debe darse por supuesto, como consubstancial a la interpretación. Por esta razón deben rechazarse interpretaciones de la norma que conduzcan al absurdo –interpretación por reducción al absurdo–; interpretaciones que conduzcan a las

antinomias de normas y ello por cuanto el Ordenamiento jurídico es unitario, no teniendo cabida las antítesis de normas.

Entre los argumentos de tipo lógico típicos en la interpretación jurídica pueden citarse los siguientes: 1) Argumento «*a fortiori*». 2) El argumento «*a contrario*» -en supuestos antitéticos proceden consecuencias jurídicas diversas-. 3) El argumento «*a pari*» -en supuestos iguales proceden consecuencias jurídicas similares-. Estos argumentos lógicos tienen la validez que les permite el mandato contenido en el inciso final del art. 3.1 del CC, de manera que el resultando que arrojen las reglas lógicas no quede invalidado por se contrario a la finalidad de la norma.

#### *3.1.4. Las clases de interpretación*

La interpretación jurídica puede clasificarse atendiendo a su origen o a su resultado.

- A) Por su origen, la interpretación puede ser estatal: procedente del propio poder legislativo –interpretación auténtica, que se realiza a través de una norma jurídica que dota de significado a otra norma y que, en consecuencia, tiene un valor vinculante-; de órganos administrativos o de órganos jurisdiccionales y del propio Tribunal Constitucional –cuya interpretación es vinculante para los Jueces y Tribunales *ex art. 5.1 de la LOPJ*-; o de origen extraestatal, que es la que procede de la propia comunidad jurídica, de funcionarios públicos o de otros operadores jurídicos con la finalidad de evitar conflictos –«interpretación cautelar»- o de los autores y estudiosos del Derecho –«interpretación doctrinal»-.
- B) Atendiendo a su resultado, la interpretación puede ser extensiva, restrictiva, declarativa y abrogativa.

### **3.2. Aplicación de las normas jurídicas**

#### *3.2.1. La aplicación de las normas jurídicas: concepto*

El Derecho existe para ser aplicado, pues su objeto es la regulación de las relaciones sociales o, dicho de otra manera, que las relaciones sociales se adecuen a los dictados del Derecho. No se trata de establecer un sistema ideal de normas de conducta para su mera contemplación. Esta adecuación de los comportamientos a

las normas que integran el Ordenamiento jurídico puede realizarse de una manera espontánea o de manera impuesta o coactiva en los supuestos en los que los destinatarios de las normas incumplen sus deberes o surge un conflicto de intereses entre los distintos destinatarios de aquéllas. En los Estados de Derecho esta imposición del Derecho corresponde a los órganos del Estado competentes para resolver sobre quien tiene la razón jurídica o sobre cuál es la conducta ordenada o debida por la norma e imponer, en su caso, el Derecho.

Estos órganos del Estado que tienen atribuida la competencia para la imposición coactiva del Derecho pueden ser tanto órganos de naturaleza administrativa, que forman parte del poder ejecutivo; como órganos de naturaleza judicial, que forman parte del denominado poder judicial. En todo caso, por imperativo del art. 9 de la CE, todos los poderes del Estado están sujetos al Ordenamiento jurídico. Esta norma general tiene aplicaciones concretas en relación con los órganos de la Administración Pública –el art. 103 de la CE prescribe el sometimiento de ésta al cumplimiento de la ley- y con los órganos jurisdiccionales, respecto de los que el art. 117.1 de la CE dispone que están sometidos exclusivamente al imperio de la ley, garantizando así su independencia respecto del resto de los poderes del Estado.

Las normas constitucionales invocadas han de completarse con la previsión del art. 1.7 del CC en el que se acoge el principio de interdicción «*non liquet*», a tenor del cual, los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido, sin posibilidad de dejar imprejuizado un asunto de manera indefinida –como se admitía en el Derecho romano- so pretexto de inexistencia de una norma que resulte de aplicación al caso y ello con fundamento en el dogma de la plenitud del Ordenamiento jurídico.

La aplicación a un caso concreto del tratamiento o respuesta que el Ordenamiento jurídico dispone para el mismo no se limita a una mera labor de subsunción, siguiendo los esquemas propios de un silogismo jurídico, como preconizan los autores que forman parte de la llamada «Escuela de la Exégesis» encabezada por J. BONNECASE. En efecto, la aplicación del Derecho implica una serie de operaciones

jurídicas sucesivas que ha de realizar el intérprete y el aplicador del Derecho y que pueden sistematizarse de la manera que sigue: 1ª) Función probatoria. Los hechos a los que ha de aplicarse la norma tienen que ser hechos jurídicos relevantes –lo será solo si se han producido realmente y si la norma jurídica los considera relevantes, de manera que ha de realizarse una selección del mundo fáctico-. 2ª) En función de los hechos relevantes y probados ha de llevarse a cabo una labor de selección en el aspecto normativo, a efectos de determinar, en el conjunto del Ordenamiento jurídico, las normas aplicables a aquellos hechos. 3ª) Es necesario determinar el significado, el sentido y el alcance de las normas seleccionadas e hipotéticamente aplicables al caso. 4ª) La labor de subsunción propiamente dicha, para determinar si efectivamente el hecho probado coincide con el supuesto de hecho de la norma seleccionada y, en consecuencia, procede aplicar la consecuencia jurídica prevista por ésta.

### *3.3.2. La equidad en la aplicación de las normas jurídicas*

La Ley de Bases de Reforma del CC de 1973 establecía en su Base 2ª.2 que «*la equidad presidirá la aplicación de las normas*». Fruto de esta previsión es el art. 3.2 del CC, a tenor del cual «*la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente los permita*» -así acontece, v.gr., en el caso del juicio de equidad en materia de adopción de acuerdos en las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal al que remite el último párrafo del art. 17 de la LPH-. La explicación de este precepto puede encontrarse en el Exposición de Motivos del Texto articulado de la Ley de reforma del TP de 1974, en la que se indica que «*a la equidad le incumbe el cometido de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con otros*», negándole así, indirectamente, la consideración de fuente del Derecho. Dentro del obligado respeto a la seguridad jurídica, la equidad ha de ser tomada en consideración por los órganos jurisdiccionales como un elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos concretos. La equidad supone entonces la ponderación del elemento de justicia material en el caso concreto de acuerdo con las convicciones jurídicas de la sociedad, lo que enlaza con la concepción sociológica



de los principios generales del Derecho.

### **3.3. La eficacia de las normas jurídicas**

#### *3.3.1. El efecto constitutivo de las normas jurídicas*

La norma jurídica, como proposición preceptiva que es, contiene una orden o mandato en relación como un comportamiento que se quiere producir y que se presenta como un comportamiento debido, objeto de un deber jurídico, en sentido estricto. Este deber jurídico es un efecto constitutivo esencial de la norma jurídica. La norma jurídica conlleva la inexcusabilidad del cumplimiento del deber jurídico que establece, salvo que concurra una causa de justificación. Este deber se enmarca en el ámbito de la declaración del art. 6.1 del CC, a tenor del cual *«la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»*. El fundamento de este principio debe radicarse precisamente en la eficacia general de las leyes: los deberes consubstanciales a las leyes tienen que ser llevados a efecto -cumplirse-, en tanto que de ello depende que el plan del Estado se realice (DE CASTRO). En consecuencia, el cumplimiento de estos deberes no puede quedar a merced de que los ciudadanos conozcan, o no, las leyes. Las consecuencias de esta fundamentación son las que siguen: 1ª) La falta de imputabilidad, de culpabilidad, en la ignorancia de deberes no es ninguna causa que ampare la exoneración de su cumplimiento. 2ª) En materia de relevancia del error del Derecho, quien se equivoca resulta irrelevante que lo sea por error de hecho o por error de Derecho, mereciendo ambos *«errores»* la protección del Ordenamiento jurídico, en tanto que pueden provocar la ineficacia del acto que se realice mediando el error. El art. 6.1.II del CC prescribe que *«el error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que la leyes determinen»*.

Si bien esto es así, históricamente –en el Derecho romano postclásico, en Las Partidas (en las que se excusaba a los aldeanos, a los pastores, a las mujeres y a los niños de cumplir las leyes, por considerarlos inimputables) y en el momento inicial del movimiento codificador (v.gr., el CC prusiano establecía que *«todo ciudadano del Estado debe informarse de todas las leyes que le conciernen»*)- el fundamento se radicó en un pretendido deber general de conocimiento de las leyes,



de manera que su ignorancia constituiría una infracción del Ordenamiento jurídico que llevaría aparejada la imposición de un sanción. Admitir esta segunda fundamentación conlleva las siguientes consecuencias: 1ª) Cuando la infracción es inimputable por no ser culpable no habría cumplimiento por no haber sanción. 2ª) El error de Derecho no debe ser relevante en orden a la ineficacia de los actos realizados por error –en este sentido, en el Proyecto de CC de GARCÍA GOYENA de 1851 se consideraba que el error de Derecho era irrelevante para el pago de los indebido; mientras que el error de hecho permite solicitar la ineficacia-.

Las normas jurídicas tienen un ámbito espacial y temporal de aplicación y eficacia, cuya exposición constituye el contenido del Tema 4.

### *3.3.2. El deber de conocer las normas jurídicas*

La aplicación del Derecho tiene como presupuesto el deber de conocimiento de las normas jurídicas que recae sobre todas las personas que tienen la función de aplicar los mandatos normativos. En particular, el art. 9 de la CE prescribe que los poderes públicos están sujetos al Ordenamiento jurídico y, en particular, el art. 117 de la CE somete a los órganos jurisdiccionales al imperio de la ley, de igual forma que el art. 103 de la propia CE contiene un precepto similar en relación con los órganos de las Administraciones Públicas, como ya se ha señalado. Como una consecuencia del principio de eficacia de las normas jurídicas enunciada por DE CASTRO constituye una obligación de todos los funcionarios públicos de todas clases negar su cooperación a la eficacia de actos y negocios jurídicos que sean nulos de pleno derecho por contravenir normas jurídicas de naturaleza imperativa y que tiene aplicaciones concretas como la que se contempla en el art. 84 del TRLGDCU/2007, en relación con la no incorporación e inscripción de cláusulas contractuales nulas por ser abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Si los funcionarios o, en general el personal al servicio de las Administraciones Públicas incumple este deber, o los jueces encargados de la aplicación del Derecho incumplen este deber se generan responsabilidades de diversa naturaleza –penal, civil y disciplinaria, que se derivan del hecho de dictar resoluciones, administrativas o judiciales, manifiestamente injustas por ignorancia inexcusable- (arts. 145 y 146

de la LRJAPyPAC y 16, 411 y 417.4 de la LOPJ). El referido deber es predicable también de otros operadores jurídicos que no son, en sentido propio, personal al servicio de la Administración Pública y que tampoco forman parte del Poder Judicial, como es el caso de los Notarios –arts. 1 y 147 del RNot- y de los Registradores de la Propiedad –especialmente en su labor de calificación ex art. 18 de la LH- y de los propios abogados –art. 42 del EGA-, que pueden incurrir en responsabilidad civil como consecuencia de actuaciones negligentes fruto del desconocimiento del Derecho o, incluso, de determinadas interpretaciones jurisprudenciales del mismo que sean reiteradas y uniformes.

Este deber de conocer el Derecho se expresa en el apotegma jurídico *«iura novit curia»*, que produce una excepción en cuanto a la aplicación del principio dispositivo -*«da mihi factum, davo tibi ius»*- que, con carácter general, rige en los procesos civiles. El principio dispositivo –frente al inquisitivo propio de los procesos penales- rige en los procesos civiles con toda su virulencia en relación con los hechos y con las pretensiones. El art. 282 de la LECiv prescribe que la iniciativa probatoria de los hechos en el proceso civil es de parte, sin perjuicio de que el Tribunal pueda, de oficio, acordar que se practiquen pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios cuando así lo establezca la ley. El art. 281 de la LECiv señala que la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso, así como la costumbre –también ex art. 1.3 del CC; la excepción a la exigencia de prueba está constituida por los usos y costumbres notorios ex art. 2.1 de la LDCG/2006- y el Derecho extranjero (RDGRN de 1 de marzo de 2005 [BOE de 21 de abril de 2005]). El principio dispositivo no rige respecto de la norma jurídica que resulte de aplicación a los hechos alegados y probados, ni a la *«causa petendi»* y al *«petitum»* que han sido formulados por la parte que impetra la aplicación del Derecho.

No existe un deber general de conocer las leyes recaiga sobre todos los integrantes de la comunidad jurídica, pero no puede invocarse el desconocimiento de las mismas para evitar su aplicación, encontrando esta última afirmación su fundamento en la eficacia de las leyes y presentando las dos siguientes

consecuencias o corolarios: 1º) La falta de culpabilidad o de imputabilidad en la ignorancia de deberes impuestos por las normas jurídicas no es ninguna causa que permita exonerar de su cumplimiento. Esta consecuencia se enuncia a través del apotegma jurídico *«ignorantia iuris non exusat»* acogido en el art. 6.1 del CC. 2º) En cuanto a las consecuencias de quien se equivoca en el cumplimiento de las previsiones legales resulta irrelevante si se trata de un error de hecho o de Derecho. El párrafo 2º del art. 6.1 del CC prescribe que *«el error de Derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen»*, pero no excusa de su cumplimiento. El error de Derecho para que sea relevante en el ámbito de impugnación de la validez de los negocios jurídicos ha de ser esencial, excusable – se descarta la eficacia del error culpable o inexcusable- y reconocible por la otra parte del negocio jurídico y, además, ha de mediar la impugnación, pues estaremos, en todo caso, ante un supuesto de anulabilidad. En consecuencia, puede afirmarse que el error de Derecho no constituye una excepción al principio general del Derecho *«ignorantia iuris non exusat»* y ello por cuanto no parten del mismo supuesto de hecho.

### 3.3.3. La renuncia a la ley aplicable: la exclusión voluntaria de la ley aplicable

El CC antes de la reforma del Título Preliminar llevada a cabo en el año 1974 no contenía ninguna referencia a la institución históricamente conocida como renuncia de las leyes. Tras la referida reforma, el art. 6.2 del CC prescribe que *«la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros»*. En los casos de renuncia de las leyes o de exclusión voluntaria de la ley aplicable el objeto de la renuncia no está constituido por un derecho ya adquirido – o, en sentido amplio, cualquier ventaja jurídica que haya sido adquirida- (*v.gr.*, renuncia al derecho de propiedad sobre un determinado bien, renuncia a la prescripción ganada –art. 1935 CC-, etc.), sino que su objeto es la normativa de cuya aplicación nace un derecho. El CC contempla algunos supuestos específicos de renuncia a la ley aplicable, como es el caso de la renuncia a las normas del saneamiento por evicción en la compraventa (art. 1477 del CC) o para impedir la renuncia, como es el caso del art. 816 del CC, respecto de las normas que rigen las

legítimas, sin perjuicio de la validez de la renuncia a los derechos adquiridos en virtud de las normas a cuya aplicación no puede renunciarse habida cuenta de su naturaleza de Derecho imperativo.

Precisamente para que la exclusión de la ley aplicable sea válida es necesario que el objeto de la exclusión sea una norma de carácter dispositivo, pues en otro caso nos situaríamos en el ámbito objetivo de aplicación del art. 6.3 del CC.

El art. 6.2 del CC alude a la exclusión «*voluntaria*», de manera que se trata de una declaración de voluntad constitutiva de un auténtico negocio jurídico, en el ejercicio del poder de autonomía privada, requiriéndose una declaración de voluntad manifestada de una forma idónea o apta para revelar la voluntad de exclusión, con consentimiento no viciado por el renunciante y que concurra una causa o razón suficiente de acuerdo con la naturaleza de la relación que justifique la exclusión de la ley de acuerdo con la naturaleza de la relación en la que se produzca este negocio de exclusión.

La validez de la renuncia o del negocio de exclusión voluntaria de la ley aplicable tiene como límites el perjuicio de intereses de terceros jurídicamente protegidos – tanto interés de titularidad privada, como de titularidad pública- y el orden público, entendido en el sentido expuesto por P. TRIMARCHI, como el conjunto de principios básicos de la estructura política y económica del Estado. Algún significativo autor – DÍEZ-PICAZO- ha cuestionado la eficacia de los límites a la exclusión voluntaria de la ley aplicable que se contienen en el art. 6.2 del CC, partiendo de la consideración de que no puede contraria el interés o el orden público un acto de renuncia privada, si bien este mismo autor precisa que cuando como consecuencia de la exclusión voluntaria de la ley aplicable se produzca un vacío en el Ordenamiento jurídico la exclusión es nula, sin fundamentar esta conclusión. Pues bien debe considerarse que en estos supuestos en realidad estamos en presencia de un atentado al orden público, puesto que en un sistema de economía de mercado, al ciudadano se le conceden unos poderes que, en el caso de que los utilice para generar una laguna en el Ordenamiento jurídico los habrá utilizado de una manera contraria a la finalidad perseguida al concedérselos. En definitiva, si como consecuencia del

ejercicio de la referida facultad se produce un vacío en la normativa aplicable, se produciría un incremento de la discrecionalidad judicial y, con ello, una mayor inseguridad jurídica. Por ello debe considerarse que la exclusión negocial de la normativa aplicable sin aportar una alternativa convencional a la regulación que se excluye es nula por ser contraria al orden público entendido en el sentido ya expuesto.

### **Bibliografía:**

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Manual de Derecho civil. Derecho privado y Derecho de la persona*, Ed. Bercal, S.A., Madrid, 2006 (4ª ed.).

CARRASCO PERERA, Á.: «Comentario del art. 6.3 del CC», en *Comentarios al CC y a las Compilaciones forales*, T. I, Vol. 1º (M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, Dirs.), Edersa, Madrid, 1992.

DE CASTRO y BRAVO, F.: *Compendio de Derecho civil (Introducción y Derecho de la persona)*, Madrid, 1970 (5ª ed.).

*Ibidem*, *Derecho civil de España*, T. I, Libro preliminar (*Introducción al Derecho civil*), Ed. IEJ, Madrid, 1949 (2ª ed.; edic. facsímil, Ed. Civitas, SA, Madrid, 1984).

DÍEZ-PICAZO, L.: «La interpretación de la Ley», *A.D.C.*, 1970.

GARCÍA GARCÍA, J. M.: *Reserva de ley y Derecho civil. Las funciones de las normas reglamentarias en el Derecho civil*, Ed. Civitas, Cizur Menor, 2006.

IRTI, N.: *Introduzione allo studio del Diritto privato*, CEDAM, Padua, 1990.

LARENZ, K.: *Derecho civil. Parte general* (traduc. de la 3ª ed. alemana -1975- y notas de M. IZQUIERDO Y MACÍAS-PICAVEA), EDESA, Madrid, 1978.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: *Interpretación y jurisprudencia: Estudio del artículo 3.1 del Código civil*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1994; *ibidem*, *Realidad social y jurisprudencia*, Ed. Colex, Madrid, 2005.

**JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO**

REVISADO E ACTUALIZADO POR **LORENA PEITEADO PEREZ**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 3**

# **EL DERECHO SUBJETIVO. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. BUENA FE, ABUSO DEL DERECHO Y FRAUDE DE LEY. LA RELACIÓN JURÍDICA**

### **TEMA 3. EL DERECHO SUBJETIVO. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS. BUENA FE, ABUSO DEL DERECHO Y FRAUDE DE LEY. LA RELACIÓN JURÍDICA**

#### **1. EL DERECHO SUBJETIVO**

##### **1.1. Concepciones tradicionales y su crítica**

Tradicionalmente el derecho subjetivo se ha definido desde una perspectiva básica atendiendo a tres concepciones diversas sostenidas por los Pandectistas: 1ª) Como un poder de la voluntad –VON SAVIGNY-. 2ª) Como un interés jurídicamente protegido –VON IHERING-. 3ª) Como un poder de protección –THON-. Gráficamente VON IHERING y THON expresaban la diferencia entre sus concepciones señalando el primero que, si se compara el derecho subjetivo con una nuez, éste sería el meollo de la nuez; mientras que para el segundo sería la cáscara de la nuez. A su vez, THON, para exponer su tesis, comparaba el derecho subjetivo con un jardín, constituyendo el derecho subjetivo el poder de poner una verja en este jardín para evitar intromisiones de extraños –este autor identifica el derecho subjetivo con el poder de protección que atribuye a su titular-.

Frente a la concepción de VON SAVIGNY, ha de repararse en que el poder de la voluntad no es exclusivo de la categoría del derecho subjetivo, sino que es propio de otros poderes de la autonomía privada o autonomía de la voluntad en el Derecho privado patrimonial (ex artículo 1255 del CC) como acontece señaladamente con el contrato, el testamento, los negocios de apoderamiento o de renuncia que también forman parte de los poderes de autonomía de la voluntad, pero no son derechos subjetivos; al tiempo que resulta evidente que seres carentes de capacidad cognoscitiva y volitiva, como ocurre señaladamente con un recién nacido o con una persona que tenga gravemente disminuidas, como consecuencia de una enfermedad psíquica, estas capacidades, sin embargo sí son titulares de derechos subjetivos, de la misma forma que las personas con plena capacidad de obrar.

Frente a las concepciones de VON IHERING y de THON, ha de precisarse que si bien los derechos subjetivos están al servicio de un interés reconocido por el Ordenamiento jurídico, no es una connotación específica de los mismos, en tanto



que cualquier relación jurídica se constituye en protección de un interés. Así ocurre con los poderes de Derecho privado –*v.gr.*, las facultades que no constituyen derechos subjetivos, como las de ocupar bienes muebles *nullius*, la facultad de usucapir o de usar bienes destinados a la prestación de servicios públicos, etc.- y con las potestades de Derecho privado –*v.gr.*, la patria potestad-. En esencia, puede afirmarse que la característica de contar con una protección propia es esencial de todo derecho subjetivo, pero no es exclusiva de esta institución. Por otra parte, el interés que se trata de proteger y la protección que se dispensa a su titular no agota el contenido del derecho subjetivo, pues al titular del mismo, para lograr la satisfacción del interés objeto del mismo, no le basta un poder defensivo o de carácter externo, sino que es necesario un poder de goce o un poder de carácter interno, que posibilite jurídicamente este goce.

## 1.2. Concepto derecho subjetivo

A tenor de las críticas realizadas a las concepciones pandectística del derecho subjetivo, resulta adecuado perfilar su concepto de la manera que sigue: el derecho subjetivo es el poder jurídico de disposición unitario e independiente del que es titular una persona para la satisfacción de sus intereses. En consecuencia, el derecho subjetivo ha de concebirse como:

1º) Un poder: como tal otorga a su titular una serie de posibilidades de actuación –un ámbito de libertad- lícito y protegido.

2º) Es un poder de disposición: La libertad de actuación que el derecho subjetivo confiere a su titular es precisamente para disponer –es una libertad o poder de disposición, *lato senso*- sobre el disfrute del derecho sobre el destino del mismo. Esta nota permite diferenciar a los derechos subjetivos de las meras *facultades*, en tanto que éstas no contienen poder de disposición alguno sobre el destino y sobre el disfrute del derecho. En efecto, en el caso de las *facultades*, el destino y el régimen jurídico están establecidos por ley. Su titular únicamente puede decidir si las ejerce o no. Por su parte, las *potestades* se caracterizan por ejercitarse en interés de un tercero.

3º) Es un poder de carácter jurídico: Se trata de un poder jurídico, en tanto que

basta que, de forma lícita y protegida se pueda actuar libremente, por su titular, sobre la cosa objeto del derecho. No es un poder físico o material. En consecuencia, el derecho subjetivo subsiste aun cuando no exista la posibilidad física de ejercitarlo (*v.gr.*, por estar la cosa que constituye su objeto en ignorado paraderos, en un lugar inaccesible, etc.). Tampoco estamos en presencia de un poder psicológico –la idoneidad psicológica no es condición para ser titular de un derecho subjetivo-, ni de un poder económico –pues no constituye una nota esencial el hecho de que tenga un valor económico o en cambio-.

4º) Su titular es una persona: La pertenencia o atribución de un poder jurídico a una persona –física o jurídica- determinada se realiza a través de un acto adquisitivo. El poder se concede a un titular preordenado a la satisfacción de intereses. En lo caso en los que los poderes se conceden a su titular para la satisfacción de intereses ajenos nos encontramos ante la figura de la *potestad* (como son los casos, *v.gr.*, de la patria potestad, de la tutela o de las potestades judiciales o administrativas), de manera tal que las potestades tienen que ser actuadas si lo demanda el interés ajeno y en la forma en la que éste lo demande. El titular del derecho subjetivo puede actuarlo aun de forma arbitraria, siempre con los límites de la buena fe y del abuso del derecho, erigidos en el artículo 7 del CC, como límites intrínsecos del ejercicio de los derechos subjetivos.

5º) Se trata de un poder de carácter unitario e independiente: El derecho subjetivo se concibe como algo diverso de las facultades que forman parte de su contenido, de manera que no está constituido por la mera suma o adición de facultades concretas, sino que es precisamente la fuente de estas facultades. Es un centro de poder unitario del cual irradian o derivan las facultades que conforman su contenido. El derecho subjetivo es fuente, origen o causa de estas facultades, que son efectos del derecho subjetivo. En particular, que sea un centro unitario de poder nos explica que subsista el derecho subjetivo aunque no exista una facultad actual que actuar –subsiste en un plano potencial o virtual (*v.gr.*, propietario despojado de las facultades de posesión, de uso y disfrute y de disposición)-. Vinculada a esta característica se encuentra la elasticidad, como cualidad propia de todos los derechos subjetivos y no exclusivamente del derecho de propiedad privada. Por otra

parte, el derecho subjetivo es poder de carácter independiente de la existencia actual de sus facultades y ello en los dos sentidos que siguen: a) Tiene vida propia respecto del derecho objetivo. Los derechos subjetivos pueden incluso sobrevivir al Derecho objetivo en el que se fundan, en el caso de que éste resulte derogado. Deben sobrevivirle en virtud del respeto a los derechos adquiridos. b) Es independiente respecto a su titular, pues el derecho subjetivo no es inherente a éste, sino que puede ser transmitido, sin que éste pierda su naturaleza e identidad.

### **1.3. Clasificación de los derechos subjetivos**

Tradicionalmente los derechos subjetivos se suelen clasificar en derechos absolutos y derechos relativos, partiendo de la existencia de una obligación pasiva universal en el primer caso y de una obligación individual en lo segundos, de manera que se adscribirían a la primera categoría los derechos de la personalidad y los derechos reales, mientras que los derechos de crédito se adscribirían a la segunda de las mencionadas categorías.

Siguiendo a DE CASTRO, ha de precisarse ya que esta distinción es técnicamente incorrecta, pues en el sentido referido todos los derechos subjetivos son absolutos, en tanto que todos los integrantes de la comunidad jurídica están obligados a respetar todos los derechos subjetivos y cualquier derecho subjetivo, en abstracto es susceptible de ser lesionado por cualquiera. En efecto, también los llamados derechos relativos en el sentido indicado, o derechos de crédito, pueden ser lesionados por un sujeto distinto del deudor –o titular pasivo de los mismos-, hablándose, en estos casos, de una lesión extracontractual de los derechos de crédito, frente a la que el acreedor o titular activo de estos derechos puede reaccionar mediante el mecanismo general de tutela de todos los derechos subjetivos constituido por la responsabilidad civil extracontractual (ex artículos 1902 y concordantes del CC).

En consecuencia, solo se puede mantener la distinción referida si se considera que en el caso de los llamados derechos relativos, a la obligación pasiva universal se superpone una obligación individual –de la que el deudor es titular pasivo-.

Desde la perspectiva de su **estructura**, los derechos subjetivos se clasifican en:

derechos de disfrute, derechos de obligación y derechos potestativos:

a) Los derechos de obligación, son aquéllos en los que la obligación es un fin en sí misma considerada, de tal manera que el cumplimiento de la obligación es condición, no sólo necesaria, sino también suficiente para que el titular del derecho pueda alcanzar la satisfacción de su interés. Todo el contenido del derecho se agota en la prestación del titular de la obligación. Se trata de derechos de heterosatisfacción, en expresión utilizada por GEORGIANNI, porque su objeto está constituido por la conducta de otro sujeto –el deudor- consistente en realizar una determinada prestación. En esta categoría suele situarse al conjunto de los derechos de crédito –identificándola con éstos-, si bien ha de precisarse que no siempre los derechos subjetivos de obligación son derechos de crédito, pues también puede ser derechos reales –como ocurre, *v.gr.*, en el caso de los censos y de las servidumbres negativas-.

b) Los derechos subjetivos de disfrute: El titular tiene atribuido un poder de autosatisfacción sobre la cosa objeto del derecho. Ordinariamente la doctrina identifica los derechos subjetivos de disfrute con los derechos reales, sin percatarse de que, en algunos casos, el poder de autosatisfacción está presente también en algunos derechos de crédito, como ocurre, *v.gr.*, con el derecho del comodatario (artículos 1741 a 1752 del CC). Por otra parte, la existencia de un poder de autosatisfacción no implica que no exista una obligación de no perturbar al titular del derecho en el disfrute del mismo.

c) Los derechos subjetivos potestativos –o facultades de configuración jurídica-: Son derechos de configuración de la esfera jurídica ajena, mediante una declaración de voluntad del titular de la facultad de producir o constituir –*v.gr.*, aceptación de una oferta de contrato-, modificar –*v.gr.*, facultad del acreedor de especificar una obligación genérica; o de elección en una obligación alternativa- o extinguir una relación jurídica –*v.gr.*, facultad de impugnar un negocio jurídico anulable o de resolver un contrato por incumplimiento- en la esfera jurídica ajena.

#### **1.4. La estructura del derecho subjetivo**

Como poderes concretos que son, los derechos subjetivos han de tener un

titular, ejercitarse sobre un determinado bien y tener un contenido concreto. En consecuencia, el sujeto titular, el bien objeto del derecho subjetivo y el contenido del mismo, conforman los tres elementos estructurales de todo derecho subjetivo.

a) El sujeto titular: La existencia de un derecho subjetivo reclama estructuralmente la presencia de un sujeto (el enunciado de dos supuestos de derechos sin sujeto, representados por la herencia yacente y por la herencia deferida a favor de una persona concebida, pero no nacida, es erróneo). Puede serlo tanto una persona física, como una persona jurídica. Puede existir un titular singular o individual o una pluralidad de titulares de un mismo derecho subjetivo. Los supuestos de pluralidad de titulares –situaciones de cotitularidad o de comunidad- pueden configurarse con arreglo a tres sistemas de relaciones entre ellos: *i)* La cotitularidad en mano común –ningún cotitular puede disponer por sí solo de nada, ni de su propia situación jurídica, ni de la de los demás cotitulares-. *ii)* La cotitularidad solidaria o «*in solidum*» -cualquiera de los cotitulares puede disponer tanto de su situación jurídica, como de las de los demás cotitulares (artículo 1143 del CC). *iii)* La cotitularidad romana o por cuotas –ninguno de los cotitulares puede disponer por sí solo de la situación jurídica de los demás cotitulares, pero sí de la propia, como ocurre en la comunidad regulada en los artículos 392 a 406 del CC-.

b) El objeto del derecho subjetivo: El derecho subjetivo se proyecta sobre un «*quid*», que puede ser una cosa u objeto, en sentido jurídico, material o inmaterial, siempre y cuando pueda ser objeto de lícito comercio; o una prestación consistente en un hacer o en un no hacer.

c) El contenido del derecho subjetivo: Está integrado por las facultades concretas que atribuye a su titular, pudiendo ser éstas de naturaleza frutiva o de configuración de la esfera jurídica ajena; de disposición en sentido estricto; de protección o de defensa –judicial o extrajudicial- del derecho, incluyendo la facultad de exclusión de terceros.

### **1.5. La adquisición de los derechos subjetivos**

El Ordenamiento jurídico subordina la atribución efectiva de la titularidad de un

derecho subjetivo a una persona al acontecer de determinados hechos, denominados, por esta razón, «hechos adquisitivos» (*v.gr.*, el nacimiento determina la adquisición de los derechos de la personalidad; el fallecimiento la adquisición de los derechos por los herederos del fallecido, etc.); o de determinados actos jurídicos; diferenciándose los actos de los hechos, en que en los primeros son voluntariamente realizados; resultando indiferente la voluntad de la persona en el caso de los hechos jurídicos. La atribución de la titularidad también puede traer causa de un negocio jurídico adquisitivo –adquisición negocial–, caracterizados porque la voluntad se proyecta sobre la realización del acto, encaminada a la producción de determinados efectos (*v.gr.*, contrato, testamento, etc.).

La adquisición de los derechos subjetivos, en función de la relevancia de la voluntad del transmitente anterior u originario del derecho subjetivo, puede ser: a) Derivativa –o sucesión en sentido amplio–. Supone una transmisión de la titularidad del derecho basada en la titularidad del transmitente o del causante. En la medida en que la transmisión se basa en esta titularidad previa, la titularidad del transmitente opera como condición y como medida de la transmisión. A su vez la adquisición derivativa puede ser traslativa –lo transferido es precisamente el mismo derecho que tenía el causante– o constitutiva –lo transmitido son algunas de las facultades pertenecientes al derecho del que es titular el transmitente o causante (se crea un derecho que antes no existía)–. b) Originaria. Adquisición de la titularidad de un derecho subjetivo «*ex novo*», sin que traiga causa de un anterior titular. El contenido del derecho que se adquiere se acomoda al que constituye el normal del derecho de que se trate. Los modos paradigmáticos de adquisición originaria están constituidos por la usucapión y por la ocupación.

Por la determinación, individual o no, de los derechos subjetivos que se transmiten, la adquisición puede ser a título universal y a título particular. La adquisición es a título universal cuando implica un subingresso en la misma titularidad patrimonial del causante, situándose el adquirente en la misma posición jurídica que ostentaba el causante o transmitente, el centro de todas las relaciones de poder y responsabilidad de éste (es lo que ocurre, *v.gr.*, en la sucesión por causa de muerte, en la transmisión que se produce a favor del heredero o en los

supuestos de fusión, de absorción y de sucesión de sociedades). El adquirente a título universal ostenta los mismos títulos jurídicos que su causante, operándose también la sucesión procesal de éste (artículo 16 de la LECiv). La transmisión o sucesión a título particular implica un subingresso del adquirente en la titularidad de un derecho subjetivo procedente del patrimonio del causante, siendo un tercero en las relaciones jurídicas del causante. La diferencia entre la adquisición universal y a título particular comporta necesariamente una distinción entre los derechos adquiridos. En la sucesión a título universal se adquieren necesariamente todos los derechos que forman parte del patrimonio del causante –o una parte alícuota de ellos-, a los que es llamado el adquirente. Este llamamiento no se produce en el caso de las adquisiciones a título particular, en las que se adquieren los derechos individualizados por su objeto y, en lo que atañe a las deudas, no se adquieren, salvo si expresamente se contempla la asunción de las mismas.

### **1.6. La extinción de los derechos subjetivos**

Sin perjuicio de la existencia de causas específicas de extinción de determinados derechos subjetivos que cuentan con una regulación típica y del juego de la autonomía privada en la configuración de las mismas, pueden enunciarse, con carácter general, las siguientes causas que determinan la desaparición o extinción del derecho subjetivo en la esfera jurídica de su titular:

a) La renuncia. Se trata de un negocio jurídico de naturaleza abdicativa, caracterizado por el hecho de que la voluntad unilateral del titular actual determina la extinción del derecho. La renuncia es irrevocable una vez que ha sido consentida o ha surgido a favor de un tercero un derecho como consecuencia de la renuncia (*v.gr.*, el tercero ocupa el bien mueble cuya propiedad ha sido renunciada). En el caso de que la renuncia tenga como objeto el derecho de propiedad, se conoce con el nombre de abandono. Los límites a la eficacia del negocio de renuncia los contempla el artículo 6.2 del CC y están constituidos por el interés o el orden público y el perjuicio de tercero.

b) La pérdida o destrucción de la cosa que constituya el objeto del derecho subjetivo. Aquellos derechos subjetivos que sean inherentes a una cosa, en sentido



jurídico, se extingue cuando esta desaparece, tanto en sentido material, como en sentido jurídico (*v.gr.*, en los supuestos de demanialización). En los casos en los que la pérdida sea imputable a un tercero, éste estará obligado a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al titular del derecho que se extingue.

c) La confusión y la consolidación. Determinados derechos que tienen por objeto un bien de propiedad ajena se extinguen por consolidación en los supuestos en los que el derecho de propiedad y la titularidad del derecho que los grava se reúnen en una misma persona. Los derechos que tengan por objeto un derecho de crédito de su titular frente a un tercero, se extinguen por confusión en los supuestos en los que, por cualquier causa, se reúnen en una sola persona las cualidades de deudor y de acreedor (artículo 1192 del CC).

d) El decurso del tiempo: el no uso, la prescripción y la caducidad. En el caso de que un tercero contradiga la titularidad de un determinado derecho subjetivo, el transcurso de un determinado lapso de tiempo sin que su titular reaccione a través de los mecanismos previstos para la defensa de su derecho, mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales, determina la prescripción de las acciones de tutela y, en consecuencia, la correlativa pérdida del derecho subjetivo. El artículo 1930.II del CC establece que por la prescripción se extinguen todos los derechos y acciones de la clase que sean. Es posible también, como regla general, que en el título constitutivo de un derecho se pacte expresamente un plazo determinado de duración del mismo, cuyo decurso determina la extinción del derecho de que se trate.

La regla general es que los derechos no se extinguen por su no uso, aun cuando este no uso se prolongue en el tiempo. El único caso de extinción por no uso es el constituido por las servidumbres discontinuas (artículo 546.2º del CC).

e) La muerte de su titular. Los derechos de naturaleza vitalicia se extinguen por la muerte –o la declaración de fallecimiento– de su titular. Es el caso del usufructo, si, en el caso de usufructo convencional o negocial no se ha pactado una duración temporal determinada en el título constitutivo del mismo y su transmisibilidad «*mortis causa*» (artículo 513.1º del CC); así como de los derechos reales de uso y



de habitación (artículo 529 del CC) y también la renta vitalicia (artículo 1802 del CC). Existen derechos respecto de los que la transmisión «*mortis causa*» solo puede tener lugar a favor de determinadas personas, de manera que, en ausencia de éstas, el derecho se extingue (es el caso, *v.gr.*, de los derechos del arrendatario de vivienda).

f) El cumplimiento de la condición. Los derechos que se hayan adquirido sometidos a condición resolutoria, se extinguen cuando tenga lugar el suceso futuro del cual no se tenga certeza de si ha de ocurrir o no, establecido como condición en el título constitutivo del derecho.

## **2. EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS**

### **2.1. El ejercicio de los derechos subjetivos**

Plantear, con carácter general, la cuestión atinente al ejercicio de los derechos subjetivos es equivalente a contemplar la totalidad de su régimen jurídico, razón por la cual, parece que han de encontrar acomodo en esta sede el tratamiento de la representación en el ejercicio de los derechos subjetivos, las reglas de protección de la apariencia jurídica, así como aquéllas que disciplinan los supuestos de colisión de derechos subjetivos, cuyo ejercicio coetáneo resulte incompatible. La cuestión relativa a los límites intrínsecos del ejercicio de los derechos subjetivos, representados por la buena fe y por el abuso del derecho es merecedora de un tratamiento específico y diferenciado (*infra*, §.3).

### **2.2. La representación**

#### **2.2.1. La representación voluntaria y la representación legal**

Los derechos subjetivos pueden ser ejercitados por su titular, siendo la regla general en el tráfico jurídico que las personas físicas operen por sí mismas. En aquellos supuestos en los que la actuación personal se presenta como imposible o desaconsejable, es cuando se busca a una tercera persona que despliegue la actividad de que se trate en lugar del directamente interesado, sustituyéndole. A su vez, en el caso de personas físicas menores de edad o incapacitadas, que son titulares de derechos y de obligaciones, las normas jurídicas imponen a las personas que ostentan las facultades de guarda legal –patria potestad o tutela- de las mismas, la actuación de los derechos subjetivos en nombre de

aquéllos o en virtud de una representación legal. Asimismo, las personas jurídicas actúan en el tráfico jurídico a través de sus órganos de representación, integrados por personas físicas.

El artículo 1259.I del CC establece que *Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal*. Del tenor literal de dicho precepto deriva entonces que la representación puede ser voluntaria o convencional y legal. En efecto, el actuar en el tráfico jurídico una persona por otra puede encontrar su origen:

1º) En la declaración de voluntad del propio representado, interesado, confiriendo autorización a otra persona –el representante- para actuar en su esfera jurídica patrimonial y/o personal. En el caso de la representación voluntaria, los representantes actúan por decisión del interesado –el representado- y en estricta dependencia de su voluntad.

2º) En una norma jurídica, en protección de quienes, por razón de la menor edad, la incapacitación o la ausencia, no pueden o no deben ejercitar por sí mismos los derechos subjetivos de que son titulares. A diferencia de lo que acontece en los supuestos de representación voluntaria, en el caso de la representación legal, la voluntad del representante no depende de la voluntad de la persona representada, sino que goza de autonomía, sustituyéndola plenamente en su actividad jurídica.

### **2.2.2. La representación directa**

Tanto el representante legal, como el voluntario, han de actuar en nombre de representado, siendo la actuación en nombre ajeno el dato característico de la representación. De esta actuación representativa resultan vinculados el representado y el tercero –representación directa-. Para poder actuar ante la comunidad jurídica como representante de otra persona, el representante ha de estar facultado legal o convencionalmente para ello. En el caso de la representación convencional o voluntaria esta autorización se articula en virtud de un acto de apoderamiento, que es un acto unilateral de declaración de voluntad del representado que confiere un poder de representación al representado o apoderado. Este apoderamiento puede ser especial –para un asunto concreto- o general –para gestionar una serie múltiple de asuntos del

poderdante o, incluso, todos los asuntos y negocios del poderdante-.

En la práctica no son extraños los supuestos en los que una persona actúa sin contar con la legitimación que le confiere la existencia de poder de representación, de origen legal o convencional, pudiendo diferenciarse en el marco de estos supuestos de actuación sin legitimación: 1º) Los supuestos de inexistencia de poder. 2º) Los supuestos de exceso de actuación representativa –casos de revocación del poder por el representado, de extralimitación en las instrucciones recibidas-. En estos casos en los que una persona se presenta como representante de otra, sin existir un acto de apoderamiento que legitime su actuación se está en presencia de un «*falsus procurator*», cuyas consecuencias se contemplan en el artículo 1259.II del CC, a tenor del cual, el contrato celebrado entre el representante y el tercero será nulo. Esta consecuencia jurídica se produce salvo que la persona a cuyo nombre se otorgue lo ratifique, antes de ser revocado por la otra parte contratante. La ratificación es una aceptación «*ex post facto*» y viene a suponer un apoderamiento «*a posteriori*», con eficacia retroactiva y sanadora del defecto del poder de la actuación del representante (la fecha del negocio jurídico ratificado es la del celebrado por el «*falsus procurator*» y no la de la ratificación).

En los supuestos de inexistencia de ratificación, el tercero podrá actuar frente al sedicente representante, bien ejercitando la vía penal si concurren los presupuesto del tipo delictivo de la estafa, bien reclamando, en la vía civil, el resarcimiento de los daños causados por la actuación falsamente representativa, para lo que será necesario que el tercero haya pactado de buena fe con el «*falsus procurator*». El resarcimiento de los daños abarcará el interés contractual negativo.

### **2.2.3. La denominada representación indirecta o mediata**

La representación indirecta tiene lugar en aquellos supuestos en los que el representante actúa en nombre propio, sin manifestar u ocultando conscientemente el nombre de la persona por cuenta de la que actúa o «*dominus negoti*» -en estos supuestos el representante es un mandatario (artículos 1709 y ss del CC)-. En el caso de la representación indirecta la actividad del mandatario no vincula de manera directa e inmediata al representado y al tercero, no existiendo ninguna relación entre el mandante y el tercero cuando el mandatario obra en su propio nombre (artículo 1717 del CC). En

consecuencia: 1º) El mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas contra el mandante. 2º) El mandatario queda obligado directamente con la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo.

Si el mandatario actúa en nombre ajeno, entonces nos situamos en el ámbito de la representación directa.

### **3. BUENA FE, ABUSO DEL DERECHO Y FRAUDE DE LEY**

El poder o las facultades de actuación jurídicamente protegidas que los derechos subjetivos confieren a sus titulares está sujeto a límites intrínsecos, constituidos por la buena fe y por el abuso del derecho. El Derecho impone a los titulares de los derechos subjetivos el deber de ejercitarlos con arreglo a unos módulos determinados, que pueden afectar bien a la forma de su ejercicio, bien al fin perseguido a través del mismo. En aquellos casos en los que el titular ejercita el derecho subjetivo sin respetar estos límites intrínsecos –o implícitos-, el acto de ejercicio se califica como antijurídico y no encuentra amparo en la normas jurídica, por ser contrario a las exigencias de ejercicio conforme a las reglas de la buena fe; o por calificarse, objetivamente, como un ejercicio anormal, excesivo o carente de una finalidad seria y legítima –ejercicio abusivo del derecho-.

#### **3.1. La buena fe**

La exigencia del ejercicio de los derechos subjetivos conforme a los postulados de la buena fe es común en los Ordenamientos jurídicos comparados. En el Ordenamiento jurídico español esta exigencia está contemplada expresamente en el artículo 7.1 del CC –que ha de ser completado con la previsión contenida en el artículo 1258 del CC, en cuanto a la integración de las obligaciones «*ex contractu*»-, como un límite intrínseco al ejercicio de los derechos subjetivos, prescribiendo el precepto que «*deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*». A través de este precepto, el principio general de actuación conforme a la buena fe se eleva al rango de norma legal, con todo el contenido ético y social que lo integra. La buena fe, como límite intrínseco al ejercicio de los derechos subjetivos presenta tanto un aspecto objetivo, como un aspecto subjetivo. En el aspecto objetivo, la

buena fe se presenta como un deber de comportamiento diligente, de tal manera que servirá para modular el contenido del derecho subjetivo, adaptándolo a las reglas objetivas de la honradez en el tráfico jurídico negocial, que lleva a confiar y a creer en la palabra dada, de manera que una declaración de voluntad surtirá los mismos efectos que, de ordinario, ha producido en casos similares, obrando con rectitud y lealtad. En el aspecto subjetivo, la buena fe se vincula con su contenido ético, como confianza y creencia del sujeto titular del derecho subjetivo de obrar de manera diligente, siendo así compatible con la concurrencia de un error excusable.

Como corolarios de la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos subjetivos pueden enunciarse los siguientes, elaborados por la moderna doctrina alemana, y que presentan como nota común la exigencia de adoptar un comportamiento coherente:

1º) La interdicción de la actuación contraria a los propios actos y a la confianza legítima generada por éstos en un tercero, consistente en que el derecho no sería ejercitado o lo sería de una determinada manera. La STS de 20 de diciembre de 1996 [RJ 1996\9277] ha precisado la concurrencia de los requisitos que han de concurrir para su aplicación: el acto que se pretende combatir ha de haber sido adoptado y verificado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada; ha de existir un nexo causal eficiente entre el acuerdo adoptado y el acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior; y la acción ha de ser concluyente e indubitada. En consecuencia: a) La simple pasividad o el silencio no permite el juego de la doctrina de los propios actos. b) El mantenimiento de una discusión entre los sujetos, mediante actos inequívocos, impide apreciar la concurrencia de un supuesto al que la doctrina resulte de aplicación. c) Los actos propios han de provenir de una misma persona, actuando con la misma representación.

2º) La interdicción del retraso desleal en el ejercicio de un derecho. Este límite se refiere a los supuestos en los que el ejercicio de un derecho subjetivo no prescrito pueda resultar, por el mero transcurso del tiempo, inadmisibile. La tesis tiene su origen en la doctrina alemana y ha sido objeto de especial atención por ésta, con la denominación de «*Verwirkung*». De conformidad con las exigencias de

la buena fe, un derecho subjetivo no puede ejercitarse cuando su titular no se ha preocupado, durante un largo laso de tiempo, de hacerlo vale y ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario pueda esperar, objetivamente, que ya no se ejercitará. La omisión del ejercicio del derecho subjetivo durante un laso de tiempo es un requisito esencial de la «*Verwirkung*», pero no es suficiente, precisándose, adicionalmente, que el ejercicio actual aparezca como desleal e intolerable para el adversario, desde una perspectiva objetiva, con independencia, entonces, de cuáles hayan sido las causas del retardo y de la inactividad, incluso aunque el titular no haya tenido conocimiento del derecho subjetivo o de la pretensión que le asistía, persiguiéndose con esta doctrina una finalidad objetiva de normalización de las situaciones jurídicas.

Sin perjuicio de que la jurisprudencia española admita que las acciones de tutela de los derechos puedan ser ejercitadas hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, en determinados supuestos, la doctrina jurisprudencial aplica el límite de la buena fe para evitar que se defraude la confianza legítima de terceros en el no ejercicio de una derecho cuando ha transcurrido un dilatado periodo de tiempo de inactividad por su titular.

3º) La pretensión de nulidad de un negocio jurídico con fundamento en defectos formales en los casos en los que quien pretenda hacer valer aquella causa de nulidad la haya provocado o haya consentido la validez y eficacia del negocio durante un periodo de tiempo, ejecutando las prestaciones que del mismo se derivan o atemperando su actuación a su contenido (*v.gr.*, SSTS de 14 de octubre de 1991 [RJ 1991\6917] –petición de nulidad de un subarriendo, con fundamento en la exigencia de forma escrita del art. 8 de la LAU, cuando el propio arrendador lo había consentido verbalmente- y 9 de mayo de 1994 [RJ 1994\3894] –en el caso de la madre de un menor que actúa como vendedora en el contrato y que ejercita la acción de anulabilidad del mismo por falta de autorización judicial, estimando el TS la ausencia de legitimación activa de la misma, por ser una actuación contraria a sus propios actos-).

### **3.2. El abuso del derecho**

El artículo 7.2 CC establece que *La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.*

La extralimitación en el ejercicio del propio derecho subjetivo que permite su calificación como abusivo, puede producirse: 1º) Por la intención del titular del derecho, constituida por la causación de un perjuicio a un tercero, sin existir un fin serio y legítimo que ampare este ejercicio. 2º) Por la finalidad objetiva obtenida con el ejercicio, constituida por el perjuicio ajeno, sin beneficio propio o el ejercicio del derecho que se utiliza para servir a una función o a un interés distinto de aquél para el que fue concebido o un exceso en su ejercicio. 3º) Por las circunstancias en que se realice, que son las concretas que rodean el acto de ejercicio que se pretende calificar, en consideración a la situación de los sujetos que intervienen, el tiempo, el lugar y el modo de ejercicio, de manera que sin ser anormales, el ejercicio puede constituir un abuso del derecho que se ejercita (la STS de 21 de mayo de 2006 [RJ 2006\612] avala la existencia de abuso del derecho sin necesidad de la concurrencia de la intención de dañar o de lesionar interés legítimos o jurídicamente protegidos de un tercero).

En esencia la teoría del abuso del derecho se construye sobre la interdicción de rebasar los límites externos de su contenido –determinados por las concepciones vigentes en cada contexto histórico-social-, en tanto que si éstos son traspasados desaparece el abuso, para entrar en el ámbito de los actos ilícitos subsumibles en las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual. La jurisprudencia considera que el abuso del derecho es un remedio de carácter extraordinario o excepcional y que, en consecuencia, debe ser objeto de una aplicación restrictiva (entre otras, STS de 20 de junio de 2008 [RJ 2008\4263]).

Las consecuencias jurídicas vinculadas a la calificación del ejercicio de un



derecho subjetivo como abusivo difieren en función de si se ha causado un daño a un tercero o no. Si el daño no se ha causado, la consecuencia jurídica radica en la falta de amparo o tutela del ejercicio del derecho por su titular, que no va a poder recabar el amparo de los órganos jurisdiccionales para su protección. En el caso de un ejercicio abusivo y dañoso, el perjudicado está legitimado activamente para instar la adopción de medidas judiciales y/o administrativas que impidan la persistencia en el abuso –puede instar la cesación de la conducta que causa el daño a través de una pretensión inhibitoria-, así como para ejercitar la correspondiente acción de reparación –en forma específica- o de indemnización y la remoción de las situación fácticas nacidas a su amparo.

### **3.3. El fraude de ley**

El artículo 6.4 del CC dispone que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

La nota característica del fraude de ley radica en el hecho de que a pesar de existir un acto o un negocio jurídico de contravención de una norma cogente –imperativa o prohibitiva-, existe una apariencia de protección del resultado. Los requisitos que han de concurrir para que un determinado acto o negocio jurídico pueda considerarse realizado en fraude de ley son los que siguen:

1º) La existencia de una norma defraudada.

2º) La apariencia de protección del resultado –existencia de una norma de cobertura-.

3º) La apariencia de protección que resulta de la norma de cobertura ha de resultar insuficiente, pues en el caso de que el resultado estuviese protegido por ella, estaríamos ante un supuesto de conflicto o de concurrencia de normas que habrá de resolverse conforme a los principios generales de jerarquía normativa o de especialidad (STS de 23 de febrero de 1993 [RJ 1993\1227]).

4º) Concurrencia de un elemento subjetivo, constituido por el ánimo



fraudulento.

La jurisprudencia del TS considera que el fin único de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de la ley, no la represión del concierto e intención maliciosa (*v.gr.* SSTs de 26 de febrero de 2001 [RJ 2001\1491] y de 20 de julio de 2006 [RJ 2006\4734]). Basta entonces la concurrencia de un elemento objetivo –la contravención de la norma defraudada, amparándose en una norma de cobertura, insuficiente, que confiere al acto de contravención una mera apariencia de adecuación a Derecho- para poder afirmar la existencia de un supuesto de fraude de ley.

La consecuencia de que un acto o negocio jurídico se califique como realizado en fraude de ley determina la aplicación de la sanción que corresponda a la contravención de la norma defraudada, que no es necesariamente la nulidad, sino que se aplica la norma cuya aplicación se ha tratado de eludir. En el caso de que se hayan ocasionado daños a terceros de buena fe, éstos están protegidos por el instituto de la responsabilidad civil extracontractual (*ex* artículos 1902 y concordantes del CC).

#### **4. LA RELACIÓN JURÍDICA**

La relación jurídica es una situación jurídica intersubjetiva organizada unitariamente para la consecución de una específica finalidad. De este concepto, se deriva que la relación jurídica es: 1º) Una situación o posición jurídica o manifestación estática de la realidad jurídica, lo que la diferencia de los hechos jurídicos. 2º) Una posición jurídica en sí misma considerada, de manera que para que exista un relación jurídica no hace falta que se esté actuando el contenido de la misma, no es preciso un ejercicio actual, pues subsiste de igual manera (*v.gr.*, relación jurídica de patria potestad en los casos en los que está suspendido su ejercicio; relación jurídica matrimonial, en los supuestos de separación conyugal, etc.). 3º) Es una relación intersubjetiva –una manifestación de la alteridad del Derecho-. En palabras de DE CASTRO, la relación jurídica determina la conexión existente entre las personas y la respectiva condición jurídica que, dentro de la relación, adquiere cada una de ellas. 4º) Está organizada unitariamente y ello desde

una doble perspectiva: a) Porque la relación jurídica se concibe como una unidad entre la realidad social y la forma jurídica –entre sociedad y Derecho-, de forma que no se puede definir tan sólo como una relación social con efectos jurídicos –como pretenden las corrientes sociologistas-, ni tampoco como una pura regulación jurídica de una realidad social –como sostienen las corrientes formalistas o normativistas-. En efecto, es una conjunción de materia jurídica y material social conformada jurídicamente. b) Desde la perspectiva del contenido de la relación jurídica, ésta constituye una unidad orgánica –VON SAVIGNY-, que se manifiesta en la interconexión o trabazón existente entre los derechos y los deberes que conforman su contenido.

Una de las especies de la relación jurídica es precisamente el derecho subjetivo, que es una relación jurídica derivada de otra básica.

## **Bibliografía**

DE CASTRO Y BRAVO, F.: «El ejercicio de los derechos», en *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972; Díez-PICAZO, L. *La doctrina de los propios actos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1963; *ibídem*, «El abuso del derecho y el fraude de ley en el nuevo T.P. del C.C. y el problema de sus recíprocas relaciones», *D.J.*, núm. 4, 1974; MIQUEL GONZÁLEZ, J. Ma: «Observaciones en torno a la buena fe», *Libro homenaje a Roca Juan*, Murcia, 1990; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *El principio de buena fe*, Barcelona, 1965; *ibidem*, «La buena fe en el Título Preliminar», *Estudios sobre el nuevo Título Preliminar del Código civil*, A.A.M.N., Madrid, 1977; ROGEL VIDE, V. (y otro): *La doctrina de los propios actos. Doctrina y jurisprudencia*, Ed. Reus, Madrid, 2005; RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: «El fraude a la ley», *Estudios sobre el nuevo Título Preliminar del Código civil*, Vol. I, A.A.M.N., Madrid, 1977; SOLS LUCÍA, A.: *El fraude a la ley (Estudio analítico del artículo 6.4º del Código civil en la doctrina y la jurisprudencia)*, Barcelona, 1989; THON, A.: *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padua, 1951; TUR FAÚNDEZ, N.: *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2011; WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, Ed. Civitas, Madrid, 1986.

**JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO**

Revisado por **NATALIA SOLAR JIMENO**

## **TEMA 4**

**EL TIEMPO EN EL DERECHO OBJETIVO: ÁMBITO TEMPORAL DE LAS NORMAS. EL TIEMPO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y CON LAS ACCIONES: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. CÓMPUTO DEL TIEMPO. EFICACIA ESPACIAL DE LAS NORMAS**

## **TEMA 4. EL TIEMPO EN EL DERECHO OBJETIVO: ÁMBITO TEMPORAL DE LAS NORMAS. EL TIEMPO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y CON LAS ACCIONES: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. CÓMPUTO DEL TIEMPO. EFICACIA ESPACIAL DE LAS NORMAS**

### **1. EL TIEMPO EN EL DERECHO OBJETIVO: ÁMBITO TEMPORAL DE LAS NORMAS**

#### **1.1 Publicación y entrada en vigor**

Con la expresión “comienzo de vigencia” se designa el momento a partir del cual las leyes entran en vigor y resultan aplicables, bien para conceder derechos, bien para establecer prescripciones. En el ordenamiento jurídico español, la entrada en vigor está vinculada a la publicación de la norma, que la Constitución garantiza tanto en el artículo 9.3 CE. –“*la Constitución garantiza (..) la publicidad de las normas*” (cfr. también la STC 2 de noviembre de 1989 donde se señala el fundamento de la necesidad de publicación de las leyes)– como en el artículo 91 CE. respecto de las normas emanadas por las Cortes Generales –“*el Rey sancionará en el plazo de quince días las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación*”–. En definitiva, no tienen cabida en el ordenamiento jurídico español las *normas secretas*: todas habrán de ser publicadas de modo que puedan ser conocidas por sus destinatarios.

En el ámbito del Código civil, el artículo 2 establece que “*las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa*”. Este período de *vacatio legis* regulado por el artículo 2.1 Cc. resulta de aplicación a toda disposición normativa, independientemente de cuál sea su carácter y posición en la estructura jerárquica normativa. Así pues, la determinación de la entrada en vigor de una norma se condiciona, de entrada, a su completa publicación en:

- el Boletín Oficial del Estado si se trata de disposiciones estatales,
- el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, si se trata de normas de ámbito comunitario,
- si se trata de normas autonómicas, la publicación se entiende referida al Boletín Oficial de la Comunidad y no al Boletín Oficial del Estado –donde también se publica aunque sin carácter constitutivo (cfr. autos TC. 28 de noviembre de 1989 y 24 de febrero de

2004)–.

Si la norma se publica en varios días, se entenderá publicada cuando finalice la publicación.

Junto con la publicación, la fecha de entrada en vigor también está sujeta a la *vacatio legis*; esto es, el período durante el que la norma está “en suspenso” –*vacatio legis*: vacación de la ley–. Así, el Código civil en el artículo 2.1 establece una *vacatio legis* de veinte días que tiene carácter supletorio: sólo entra en juego cuando “*en ellas –las leyes– no se dispone otra cosa*”. De este modo, una norma puede entrar en vigor:

a) en el momento de la publicación, si así lo dispone expresamente la norma (cfr. art. 2.1 Cc.). La publicación constituye el límite mínimo de entrada en vigor de las normas: el comienzo de vigencia de una disposición no puede ser anterior a la publicación (cfr. art. 9.3 CE.);

b) a los veinte días de la publicación, bien porque así lo disponga expresamente la norma –cosa poco frecuente– bien porque no establezca nada explícitamente y entre en juego el período supletorio del Código civil (cfr. art. 2.1 Cc.);

c) tras el período distinto de veinte días –bien menor, bien mayor– que explícitamente establezca la norma. El legislador no tiene un límite temporal máximo a partir del cual entran en vigor las normas.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que es frecuente que se excepcione el plazo establecido por el artículo 2.1 Cc. de modo que es relativamente habitual que las normas entren en vigor el *mismo día* de la publicación, llegando a convertirse en una cláusula de estilo la siguiente: “la presente norma, entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial...”. Asimismo y aunque es algo infrecuente, cabe precisar que el legislador también puede prorrogar el plazo previamente fijado, siempre que lo haga mediante una norma del mismo rango que aquella cuya entrada en vigor se pretende prorrogar –así ocurrió, p. ej., con la primera edición del Código civil: el Real Decreto de 11 de febrero de 1889 estableció que “se declara prorrogado hasta el 1 de mayo del corriente año el plazo de los sesenta días establecido en la Ley de 11 de mayo de 1888”–.

## **1.2 Derogación y término de vigencia**

### **1.2.1 Introducción**

En principio, las leyes se crean *ad futurum* sin establecerse una fecha temporal de vigencia: las disposiciones normativas son tendencialmente permanentes ya que no tienen un período de vigencia limitado. De todos modos, existen excepciones a esta norma general. Así, hay leyes temporales y normas-medida.

Las leyes temporales son disposiciones normativas que tienen un período de vigencia determinado, de manera que una vez que transcurre dejan de estar en vigor. El artículo 4.2 del Código civil se refiere a ellas como "*leyes de ámbito temporal*": "*las leyes (..) de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*".

Por su parte, las normas-medida son disposiciones que se dictan en atención a una determinada circunstancia, motivo o situación –*ocassio legis*– de manera que cuando desaparece aquélla dejará de desplegar sus efectos –*cessante ratione legis cessat et ipsa lex*–: la vigencia de estas normas coyunturales decaerá cuando desaparezca la "coyuntura" –*ocassio legis*– que le daba razón de ser.

### **1.2.2 Tipos de derogación**

Al margen de la excepción señalada –leyes temporales o coyunturales– lo habitual es que la eficacia o vigencia de las leyes cese únicamente por su derogación por una norma posterior –*lex posterior derogat anterior*–. Así lo señala el artículo 2 del Código civil: "*las leyes sólo se derogan por otras posteriores*". De este modo, una ley estará vigente hasta que no se dicte otra que la contradiga o derogue. Ahora bien, para que tal derogación –y, por tanto, pérdida de vigencia de la norma derogada– se produzca es preciso que:

- a) la norma derogante sea del mismo rango normativo o superior que la derogada;
- b) la norma derogante y la derogada formen parte del mismo ordenamiento;
- c) ambas normas se refieran a una misma materia y la regulen de manera divergente o diversa; esto es, que sean incompatibles en cuanto a la regulación material.

De no concurrir tales requisitos no se producirá la sustitución de una norma por otra que conlleve la derogación.

Por lo que atañe a los tipos de derogación, el artículo 2 del Código civil señala lo siguiente: “*La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior*”. Del texto transcrito se colige que existen dos clases de derogación:

a) *expresa*: la norma derogante señala de modo explícito las normas a que afecta y que dejan de tener vigor. Lo puede hacer de manera específica cuando establezca las particulares disposiciones afectadas –*norma derogatoria concreta*–, o de manera general indicando que cualquier disposición que se oponga a la nueva regulación queda derogada –*norma derogatoria genérica*–. Evidentemente esta última posibilidad –cómoda para el legislador– puede generar problemas interpretativos para determinar qué normas quedan derogadas por contradecirse con la nueva. En cambio, la norma derogatoria concreta – más trabajosa para el legislador– evita tales problemas interpretativos. Así las cosas, no es infrecuente que tras la enunciación por el legislador de algunas normas concretas que quedan derogadas por la ley de que se trate incluya también, a modo de cláusula de cierre, una norma derogatoria genérica.

b) *tácita*: la norma derogante no señala de manera explícita las disposiciones cuya vigencia queda afectada, pero quedarán derogadas todas aquéllas que se contradigan con la nueva disposición; las que regulen el mismo supuesto de modo diverso.

En este ámbito, el Tribunal Supremo ha señalado que para que se produzca derogación tácita es preciso que concurren tres requisitos: igualdad de materia de ambas leyes, identidad de destinatarios, contradicción e incompatibilidad entre los fines de ambas normas (cfr. SSTs. 31 de octubre de 1996 y 20 de marzo de 2000). La facultad de determinar cuáles son las normas derogadas corresponde a los jueces y tribunales.

### **1.2.3 Alcance de la derogación**

Cuestión diversa a la anterior es la que atañe al alcance de la derogación; esto es, cuánto o qué puede ser derogado. En este punto, tanto la derogación expresa como la tácita pueden tener un alcance total o parcial:

a) *derogación total*: cuando la ley anterior queda absolutamente privada de efecto y vigencia;

b) derogación parcial: únicamente queda sin vigencia parte de la ley anterior.

La opción por uno u otro sistema es una cuestión técnica y de política legislativa que depende de variados factores: circunstancias, contenidos de ambas leyes, extensión de la ley anterior, etc. Por tal motivo, el artículo 2.2 del Código civil únicamente señala: *“la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior”*.

A lo anterior ha de añadirse también que, de acuerdo con el criterio jurisprudencial mayoritario, la derogación de una ley alcanza también a las de rango inferior que dependan de la que ha sido derogada, salvo que la ley derogante establezca expresamente lo contrario (cfr. SSTS 10 de mayo de 1980 y 22 de mayo de 1989).

Junto con ello, y tal y como dispone el artículo 2 *in fine* del Código civil, no se producirá la reviviscencia automática de una norma anterior derogada por la que ahora queda sin eficacia. Para ello es preciso que la ley derogante lo establezca expresamente: *“por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiese derogado”*. Ahora bien, lo anterior no impide reconocer la posible ultraactividad de la ley derogada; esto es, su habilidad para seguir produciendo algunos efectos una vez derogada respecto de situaciones creadas durante su vigencia.

### **1.3 La irretroactividad de las leyes**

#### **1.3.1 El Derecho transitorio**

Según quedó dicho, las leyes son tendencialmente permanentes hacia el futuro y sólo suelen quedar sin efecto por medio de la derogación, que introduce una nueva ordenación sobre una determinada materia. Pues bien, una de las cuestiones a que ha de responder la norma derogante es sobre si además de aplicarse hacia el futuro, se aplica también hacia el pasado; es decir, si además de regular las situaciones jurídicas nacidas con posterioridad a su publicación ha de regular también –y en qué medida– las producidas con anterioridad; en fin, si cabe reconocer algo de ultraactividad a la norma derogada.

Los problemas originados por la sucesión de leyes en el tiempo suelen resolverse por medio del *Derecho transitorio o intertemporal*. Éste consiste en el conjunto de



disposiciones que se pronuncia y trata de solventar las cuestiones relativas al ámbito de aplicación temporal de la nueva ley y a la eficacia que habrá de dársele en relación con la disposición derogada. En efecto, a la vista de que las relaciones jurídicas nacidas bajo la normativa anterior no pueden “desaparecer” –hacer como que nunca hubiesen existido– es preciso que haya unas disposiciones que determinen qué sucede con ellas, cómo le afecta el “tránsito” de una ley a otra.

Dos opciones son las que puede establecer el Derecho transitorio: que la nueva ley discipline todos los supuestos que surjan desde su entrada en vigor así como los efectos no consumados de la anterior –retroactividad–, o que la nueva ley rija sólo los supuestos que surjan desde su entrada en vigor, aplicándose la anterior a los efectos surgidos durante su vigencia temporal y que no se hubiesen consumado –irretroactividad–.

Así las cosas, la retroactividad –que la nueva ley incida en las situaciones o efectos que traen causa de la norma precedente– es más acorde con la pretendida evolución y progreso del ordenamiento jurídico. En efecto, la retroactividad hace que las situaciones jurídicas creadas bajo la legislación anterior hayan de adaptarse a la nueva regulación. En tal sentido, el Tribunal Constitucional reconoce que la interdicción absoluta de la retroactividad “conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento jurídico, a la petrificación de situaciones dadas” (cfr. SSTC 8/1982, de 4 de marzo y 126/1987, de 16 de julio).

Por su parte, la irretroactividad –la incapacidad de la nueva normativa de regir situaciones ya reguladas por la anterior que habrán de seguir rigiéndose por ella– dificulta la citada evolución y progreso del Derecho pero es más acorde con la seguridad jurídica. En efecto, los actos realizados bajo una determinada regulación no han de adaptarse a las nuevas disposiciones sino que siguen rigiéndose por aquélla; en otras palabras, no pueden verse enjuiciados con la ley nueva sino por aquélla bajo la que se generaron.

### **1.3.2 Grados de retroactividad**

Si el legislador opta por reconocer que una norma tiene capacidad para disciplinar actos o situaciones creadas al amparo de la normativa que deroga, puede establecer diversos grados. En efecto, además de aplicarse a las nuevas situaciones que surjan tras su entrada en vigor, puede matizar a qué actos o efectos anteriores se aplica:

a) *retroactividad en grado mínimo*: la nueva norma se aplica a los efectos que originen las situaciones surgidas bajo la normativa anterior pero que se produzcan tras la entrada en vigor de la nueva ley.

b) *retroactividad en grado medio*: la nueva norma se aplica a los efectos que originan las situaciones surgidas bajo la normativa anterior que se produzcan tras la entrada en vigor de la nueva ley y también a los que se hayan producido con anterioridad pero no se hayan consumado; por tanto: los que se consuman y los que se produzcan tras la entrada en vigor de la nueva ley;

c) *retroactividad en grado máximo*: junto con los supuestos mencionados la nueva norma se aplica también a los efectos ya consumados bajo la ley anterior.

### **1.3.3 Regulación legal de la retroactividad o irretroactividad**

La Constitución Española en el artículo 9.3 garantiza “*la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*”. Así pues, a excepción de en tales supuestos, se deja a la decisión del legislador ordinario la opción por la retroactividad o no de las normas y su grado; esto es, la incidencia que tiene la norma que se publica en las situaciones o efectos jurídicos que traen causa de la norma precedente. Para efectuar esta opción, cuya expresión suele contenerse en lo que hemos denominado como Derecho transitorio, el legislador habrá de valorar los beneficios y las consecuencias negativas de cada una de ellas respecto de la situación de que se trate pues no cabe afirmar que la retroactividad es algo negativo en todo caso –p. ej., cuando la nueva norma elimine discriminaciones o rebaje requisitos para obtener determinados beneficios–.

Del precepto constitucional transcrito se colige también que de establecerse la retroactividad en los supuestos de “*disposiciones sancionadoras no favorables*” –aunque sea en grado mínimo– la norma en cuestión será inconstitucional (cfr. STC 27/1981, de 20 de julio).

La expresión “*disposiciones sancionadoras no favorables*” ha de conectarse, de entrada, con lo establecido por el artículo 25 de la propia Constitución: “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel*

*momento*". En coherencia con ello, las normas que sean sancionadoras y no favorables – con independencia de la rama del ordenamiento jurídico donde se contenga la sanción: ámbito penal, administrativo, civil, etc.– serán en todo caso irretroactivas. Cuestión distinta es que se trate de una norma sancionadora pero favorable –p. ej., porque rebaja las penas privativas de libertad–.

Por su parte, y de acuerdo con la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, la expresión "*restrictivas de derechos individuales*" ha de entenderse referida a los derechos fundamentales que se contienen en el Título primero de la Constitución (cfr. STC 27/1981, de 20 de julio, y 42/1986 de 10 de abril).

Así las cosas, ha de señalarse también que el Tribunal Constitucional distingue entre *retroactividad auténtica* –la que hemos denominado en grado máximo– e *impropia* –en grado medio–, y entiende que esta última no constituye retroactividad a efectos del artículo 9.3 CE. (cfr. SSTC 126/1987, de 16 de julio, y 227/1988, de 29 de noviembre). De este modo, la interpretación dada por el TC del citado precepto permitiría su aplicación a situaciones surgidas con anterioridad y que estén en curso pero cuyos efectos no se hayan consumado (cfr. STC 42/1986, de 10 de abril).

Por lo que se refiere al Código civil, en el artículo 2.3 se establece que "*las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario*". Así pues, se señala que el principio general será la irretroactividad de las normas, salvo que se indique lo contrario. Esta indicación en contrario puede realizarse de modo expreso –la norma establece explícitamente que sus disposiciones se aplican a situaciones anteriores, señalando el grado–, o efectuarse de manera tácita –no se hace referencia expresa a la retroactividad pero del sentido de la propia ley o de su espíritu y finalidad se deduce la aplicación "hacia atrás" y el grado de aplicación (cfr. STS 26 de mayo de 1969 y Resolución de la DGRN. 14 de marzo de 1990)–. Siendo ello así, y como aplicación concreta de la retroactividad tácita, cabe afirmar que las normas aclaratorias, las que suavicen una exigencia anterior por considerarla excesiva, así como las interpretativas están dotadas de eficacia retroactiva (cfr. Resoluciones de la DGRN. 25 de abril de 1988, 25 de noviembre de 2003 y la STS 6 de marzo de 1991).

Una última regla cabe señalar: si, como se ha dicho, en principio ha de estarse por la

irretroactividad de la ley (cfr. STS de 28 de noviembre de 1995), cuando haya dudas acerca del grado de retroactividad de una disposición normativa habrá de estarse por el menor grado posible. Esta regla, aunque no contenida expresamente en la ley, ha sido formulada por la jurisprudencia con base a los textos legales. Así, la sentencia de 19 de abril de 1988 entiende que el artículo 2.3 Cc. no permite una interpretación extensiva de la retroactividad a supuestos que no se hallen expresamente contenidos en su mandato. O la sentencia de 13 de julio de 1984 entiende que del citado precepto se colige también que la interpretación de las normas de derecho transitorio se ha de efectuar en sentido restrictivo, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.

#### **1.3.4 Las disposiciones transitorias del Código civil**

Al igual que hacen otras normas, el Código civil reguló en sus trece Disposiciones Transitorias los problemas que se derivaron de su aplicación con respecto a la legislación civil anterior. Habida cuenta de la magnitud del cambio legislativo (cfr. art. 1.976 Cc. *“todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código”*), el Derecho transitorio del Código civil es especialmente amplio. De todos modos, de las trece disposiciones, las contenidas en las disposiciones quinta hasta la undécima han perdido significado tras las primeras décadas de vigencia del Código. En cambio, las disposiciones primera a cuarta y la última tienen plena vigencia y actualidad y regulan problemas de derecho intertemporal que han adquirido la categoría de *derecho transitorio común* del ordenamiento jurídico –no sólo del Derecho civil–. Su aplicación tiene carácter subsidiario en dos supuestos:

a) cuando la norma en cuestión careza de derecho transitorio propio –bien parcialmente, bien en su totalidad– para resolver los problemas que surjan de la sucesión de tal ley –cuestión que queda en manos de legislador que promulgue la norma–. En tal sentido, el Tribunal Supremo ha declarado de manera reiterada el valor común del Derecho transitorio del Código civil, estableciendo su aplicación analógica (cfr. art. 4.3 Cc., SSTS de 1 de julio de 1988 –Sala 6ª–, 2 de junio de 1989 –Sala 3ª–, 13 de abril de 1989 –Sala 1ª– y también la Resolución de la DGRN de 16 de abril de 1991);

b) cuando la norma en cuestión remita de manera específica a tales disposiciones transitorias –p. ej., la ya derogada Compilación de Derecho civil de Aragón–.

En lo que se refiere al contenido del Derecho transitorio del Código civil cabe referirse a cinco reglas:

a) se parte del principio del carácter irretroactivo de las variaciones del Código civil que resulten perjudiciales a los derechos adquiridos según la legislación civil anterior;

b) los derechos nacidos de hechos realizados bajo la legislación anterior se regirán por ella (DT. 1ª);

c) los actos y contratos celebrados bajo la legislación anterior surtirán efectos según ella (DT. 2ª);

d) no se aplicarán las normas del Código que sancionen con penalidad civil o privación de derechos los actos u omisiones realizados si carecían de sanción bajo la legislación anterior (DT. 3ª);

e) las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos reconocidos por la legislación anterior, aun cuando se hayan de sujetar a lo establecido en el Código respecto de su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer (DT. 4ª).

Asimismo, la Disposición Transitoria 13ª contiene una norma de cierre que ordena la aplicación de los principios que sirvieron de inspiración para la redacción del Derecho transitorio cuando haya algún supuesto no contemplado específicamente por tales Disposiciones.

## **2. EL TIEMPO EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SUBJETIVOS Y LAS ACCIONES: PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD**

### **2.1 Prescripción extintiva y prescripción adquisitiva**

El tiempo incide tanto en el nacimiento como en la extinción de los derechos subjetivos. En tal sentido, la prescripción y la caducidad son dos fenómenos que conceden cierta trascendencia al transcurso del tiempo.

Por lo que a la prescripción se refiere, cabe definirla como “medio de defensa de que puede servirse la persona contra la cual el titular de un derecho subjetivo ejercita una pretensión, cuando ha transcurrido sin interrupción legal el plazo establecido para el ejercicio de dicha pretensión por el ordenamiento y siempre que concurran los demás

requisitos que éste exige en cada caso” (DE PABLO). Tal definición hace referencia a la *prescripción extintiva*, esto es, cuando el transcurso del tiempo acarrea la pérdida o decadencia del ejercicio de los derechos –que es la que estudiaremos aquí–. Con todo, también cabe referir el término prescripción a la *prescripción adquisitiva o usucapión*. En tal caso, el transcurso del tiempo origina el nacimiento o consolidación de un derecho a favor de una persona, siempre y cuando se den una serie de requisitos –apariencia jurídica, concepto de dueño o titular del derecho, etc.–.

Tanto la prescripción extintiva como la adquisitiva muestran el diverso efecto que produce el transcurso del tiempo en los derechos: en un caso, es un medio de defensa frente a una pretensión –no es, en sí misma en todo caso, un modo de extinción de los derechos–; en otro, crea o consolida derechos. Asimismo, el ámbito de ambos fenómenos es parcialmente diverso: mientras que la prescripción extintiva afecta a todos los derechos subjetivos –lógicamente no a los que sean imprescriptibles–, la adquisitiva incide únicamente en los que sean susceptibles de posesión –la propiedad y otros derechos reales–. Sin embargo, cuando ambos fenómenos coinciden en el objeto –p. ej., respecto de la propiedad– constituyen “dos caras de una misma moneda”: el transcurso del tiempo supone para el poseedor demandado la adquisición de un derecho por medio de la usucapión, y a la vez, y para el demandante, la prescripción de la acción real que ejercita. En tal caso, la usucapión y la prescripción extintiva vienen a ser “vertientes o puntos de mira diversos, pero conexos, de un mismo fenómeno jurídico” pues aquélla “lleva ínsita la prescripción extintiva del derecho del primitivo titular, que deja de serlo por su abandono unido a la adquisición del otro” (STS 6 de marzo de 1991).

## **2.2 Presupuestos de la prescripción y objeto**

Para que pueda tener lugar la *prescripción extintiva* es preciso que concurren cuatro presupuestos:

a) que se trate de un derecho prescriptible: si el derecho no es susceptible de prescripción, por el transcurso del tiempo no puede tener lugar aquélla. En términos generales, los derechos han de considerarse prescriptibles –de manera especial los subjetivos de carácter patrimonial– (cfr. art. 1930.2 Cc.); lo excepcional es, pues, la imprescriptibilidad –p. ej., derechos subjetivos extrapatrimoniales: derechos de la

personalidad, etc.-;

b) inactividad por parte del titular del derecho: que no ejercite el derecho de que en cada caso se trate;

c) que transcurra el plazo del tiempo establecido por la ley en cada supuesto;

d) y, finalmente, alegación de la prescripción por parte del beneficiario frente al ejercicio extemporáneo del titular.

Cumplidos tales requisitos se producirá la prescripción. Ahora bien, cabe señalar que la prescripción no tiene un fundamento subjetivo –no descansa en una presunción de abandono del derecho por falta de ejercicio por su titular– sino objetivo –defensa de la seguridad jurídica–. En efecto, la prescripción puede tener lugar aun cuando haya habido ejercicio del derecho por el titular pero por medios inadecuados: no toda falta de ejercicio del derecho es, por tanto, presupuesto de la prescripción. En definitiva, la razón a que responde el fenómeno de la prescripción es la necesidad de garantizar la seguridad jurídica en el tráfico: que no se perpetúen en el tiempo situaciones de incertidumbre (cfr. STC 147/1986, de 25 de noviembre).

Por lo que se refiere al objeto de la prescripción, el artículo 1930 Cc. se refiere a los “*derechos y las acciones de cualquier clase que sean*”. De la regulación del Código y de la práctica se colige que lo que realmente prescriben son las acciones en el sentido *sustantivo* de pretensiones. Es decir, prescriben las concretas facultades de exigir una conducta frente a otro u otros que nacen de un derecho subjetivo y que tiene su titular. Así, la prescripción de una de tales pretensiones no conlleva necesariamente la extinción de todo el derecho pues pueden subsistir el resto de pretensiones que nacen de él –las pretensiones nacen del derecho aunque no se identifiquen con él–. A modo de ejemplo, la prescripción de la facultad de exigir que una persona no pase por un terreno no extingue las facultades del titular del terreno para exigir tal conducta respecto de otros. Ahora bien, cuando hayan prescrito todos los poderes derivados del derecho subjetivo sí se extinguirá el derecho –no cabe concebir como existente un derecho carente de acción que lo proteja ya que el derecho subjetivo está protegido por las distintas acciones o pretensiones que de él nacen–. Ello es más fácil que suceda en los derechos de carácter personal por su carácter relativo.



Por otro lado y en lo que respecta al sentido *procesal* del término acción, cabe decir que únicamente prescriben las acciones cuando se consideran de modo concreto –como derecho dirigido al Estado para obtener frente al demandado un acto de tutela jurídica específico– y persiguen la declaración de una prestación debida por el demandado –no si se trata de acciones que buscan la creación o nacimiento de un derecho o posición jurídica–. No prescribe, en cambio, la acción procesal considerada en su dimensión abstracta, esto es, como derecho genérico frente al Estado de promover la actividad jurisdiccional.

### **2.3 Alegabilidad y renuncia de la prescripción**

De lo expuesto se colige que, por medio de la prescripción, la conducta de dar, hacer o no hacer que el titular de un derecho podía exigir e imponer a otro sujeto o sujetos se hace inexigible. En consecuencia, constituye un beneficio para el sujeto obligado pues comprueba que la conducta ya no podrá serle reclamada pudiendo paralizar cualquier intervención exigiéndola. De todos modos, para que este efecto se produzca el ordenamiento exige que el sujeto beneficiado por la prescripción la alegue frente al titular en caso de que éste pretenda ejercitar el derecho –la invocación por uno de los sujetos que conforme, en su caso, el lado pasivo de la relación jurídica que ha prescrito aprovecha al resto; p. ej., comuneros o deudores solidarios–. Su no alegación produce el efecto de que tal conducta seguirá siendo exigible, aun cuando el ejercicio de la pretensión sea extemporáneo, y aun a pesar de la prescripción. Por tanto, es precisa la alegación por el beneficiado de la prescripción ya que ésta ni opera de manera automática ni es apreciada de oficio por los tribunales (cfr. SSTs 12 de mayo de 2003 ó 9 de julio de 2001, entre muchas otras). Así pues, cabe decir que la prescripción es un medio de defensa que tiene el demandado frente a una acción dirigida por el titular del derecho frente a él, que le permite enervarla o detenerla.

Siendo correcto lo anterior, puede precisarse aun más señalando que la prescripción, más que una excepción procesal, constituye una *excepción material*: puede hacerse valer tanto fuera del proceso –p. ej., ante una reclamación extrajudicial del titular del derecho– como en el proceso mismo, ya sea por vía de acción –para que el titular del derecho reconozca la prescripción– ya por vía de excepción –como medio de oposición frente a la



reclamación—.

En coherencia con la necesidad de alegar la prescripción, la ley también autoriza al beneficiado para que renuncie a ella una vez haya vencido el plazo de la prescripción —no antes—. Así, el artículo 1935 Cc. establece que *“las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada; pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo”*. La situación derivada de la prescripción constituye un derecho subjetivo autónomo que puede ser objeto de renuncia que, en todo caso, tendrá carácter unilateral. La renuncia puede ser expresa o tácita; *“entiéndese tácitamente renunciada la prescripción cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido”* (art. 1935.2 Cc.).

## **2.4 Interrupción del plazo de la prescripción**

Para que pueda ser alegada la prescripción es preciso que transcurra por entero el plazo legalmente establecido de inactividad del titular. Este plazo puede ser interrumpido *“por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor”* (art. 1973 Cc.). Por cualquiera de tales medios se interrumpe el plazo de prescripción de manera que éste deja de correr. Si, tras tales reclamaciones, surge de nuevo un período de inactividad no continúa corriendo el plazo anterior: se comienza a computar de nuevo el plazo prescriptivo (cfr. SSTs 6 de marzo de 2003 ó 2 de noviembre de 2005).

La jurisprudencia interpreta de manera amplia las causas de prescripción transcritas. Así, el *“ejercicio ante los Tribunales”* incluye :

- a) la interposición de demanda formal, incluso ante un órgano judicial territorialmente incompetente (cfr. STS 20 de junio de 1994);
- b) la petición o demanda de conciliación aunque no vaya seguida de interposición de la demanda propiamente dicha (cfr. art. 415 LEC.);
- c) la existencia de un procedimiento penal relativo a un hecho que simultáneamente genera responsabilidad civil (cfr. arts. 111 y 114 LECrim.);
- d) la presentación de demanda de justicia gratuita (STS 7 de febrero de 1991);
- e) otros actos procesales que manifiesten la reclamación de un derecho, tales como la

solicitud de embargo preventivo, la oposición en juicio ejecutivo a efectos de uno ulterior declarativo, la petición de la inclusión de créditos en procedimientos concursales, etc.

La “*reclamación extrajudicial del acreedor*” no está sujeta a forma alguna ni exige para su validez el reconocimiento del deudor. Sin embargo ha de ir dirigida al sujeto pasivo y ha de ser recibida por éste, aunque los efectos se producen desde el momento de emisión y no desde la recepción (cfr. STS 24 de diciembre de 1994). Puede incluirse dentro de este modo de interrupción:

a) la reclamación epistolar o telegráfica (cfr. SSTs 26 de marzo de 2004 y 22 de septiembre de 1984);

b) cualquier requerimiento notarial;

c) la contestación a un requerimiento.

En definitiva, “lo importante es que se contradiga la inactividad o pasividad de la parte (..) mediante actividades y síntomas claros de ejercicio de su derecho incompatibles con toda idea de abandono (..)” (STS 4 de octubre de 1985).

En tercer lugar, cabe incluir dentro del “*reconocimiento de la deuda por el deudor*” cualquier conducta que de manera directa o indirecta muestre su conformidad con la existencia de la prestación, ya sean conversaciones sobre la voluntad conservativa de un derecho (STS 10 de febrero de 1986), la constancia de la deuda en la contabilidad de la empresa (STS 26 de junio de 2001), pago de intereses, entrega de cantidades a cuenta, confesión de terceros, etc. Se trata, en cualquier caso, de un acto unilateral que produce consecuencias por sí mismo, sin necesidad de que exista aceptación por la otra parte.

## **2.5 Plazos de prescripción**

La determinación del plazo de prescripción de los diversos derechos ha de efectuarse caso por caso pues hay una notable variedad entre los supuestos existentes. De todas maneras el Código civil establece los siguientes plazos de prescripción:

### Artículo 1962

*Las acciones reales sobre bienes muebles prescriben a los seis años de perdida la posesión, salvo que el poseedor haya ganado por menos término el dominio, conforme al artículo 1.955, y excepto los casos de extravío y venta pública, y los de hurto o robo, en*

*que se estará a lo dispuesto en el párrafo 3.º del mismo artículo citado.*

*Artículo 1963*

*Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años.*

*Entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción.*

*Artículo 1964*

*La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción, a los quince.*

*Artículo 1965*

*No prescribe entre coherederos, condueños o propietarios de fincas colindantes la acción para pedir la partición de la herencia, la división de la cosa común o el deslinde de las propiedades contiguas.*

*Artículo 1966*

*Por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones siguientes:*

*1ª La de pagar pensiones alimenticias.*

*2ª La de satisfacer el precio de los arriendos, sean éstos de fincas rústicas o de fincas urbanas.*

*3ª La de cualesquiera otros pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves.*

*Artículo 1967*

*Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes:*

*1ª La de pagar a los Jueces, Abogados, Registradores, Notarios, Escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos, y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos u oficios en los asuntos a que las obligaciones se refieran.*

*2ª La de satisfacer a los Farmacéuticos las medicinas que suministraron; a los Profesores y Maestros sus honorarios y estipendios por la enseñanza que dieron, o por el ejercicio de su profesión, arte u oficio.*

*3ª La de pagar a los menestrales, criados y jornaleros el importe de sus servicios, y el de los suministros o desembolsos que hubiesen hecho concernientes a los mismos.*

*4ª La de abonar a los posaderos la comida y habitación, y a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que siéndolo se dediquen a distinto tráfico.*

*El tiempo para la prescripción de las acciones a que se refieren los tres párrafos anteriores se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios.*

#### Artículo 1968

*Prescriben por el transcurso de un año:*

*1º La acción para recobrar o retener la posesión.*

*2º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado.*

## **2.6 La caducidad**

Junto con el instituto de la prescripción, la doctrina y la jurisprudencia han configurado el de la caducidad que cabría definir como “la extinción de un derecho por su falta de ejercicio durante un plazo temporal prefijado que no es susceptible de ser interrumpido”. Esta figura responde a lo inadecuado que resultaría admitir en todos los supuestos la interrupción de los plazos: se originaría un alargamiento indefinido de las situaciones, y los conflictos jurídicos –los pleitos– nunca terminarían.

En términos generales, y aun cuando en muchos casos la legislación no determina si de un plazo de prescripción o de caducidad se trata, cabe señalar que esta figura ha de entenderse referida a las acciones en sentido *procesal* –no en sentido *sustantivo* como con la prescripción– que tienen carácter constitutivo –no así a las meramente declarativas ni a las de “condena”–. El transcurso del plazo establecido supondrá en todo caso la imposibilidad de ejercicio del derecho por parte de su titular –no cabe, por tanto, el

ejercicio extemporáneo– y, consecuentemente, su extinción –se trata de casos donde la acción es el único modo posible de ejercicio del derecho–.

Las principales diferencias existentes entre el fenómeno de la prescripción y el de la caducidad se pueden sintetizar como sigue:

a) los plazos de caducidad no permiten interrupción ni suspensión alguna, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos de prescripción;

b) en términos generales, cabe decir que son más breves los plazos de caducidad que los de prescripción;

c) cabe declaración judicial de oficio de la caducidad sin necesidad de que haya sido alegada por el beneficiado, no así respecto de la prescripción;

d) la caducidad de la acción supone siempre la extinción del derecho mismo o de la facultad o poder de modificación jurídica que se actúe con la acción, ya que se trata de supuestos donde no se contempla otra actuación distinta del ejercicio judicial (cfr. STS 2 de junio de 2005).

### **3. CÓMPUTO DEL TIEMPO**

Para la cuenta o cálculo del tiempo y de los plazos, el Código civil establece varias reglas en el artículo 5: *“siempre que no se establezca otra cosa, en los plazos señalados por días, a contar de uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, el cual deberá empezar el día siguiente; y si los plazos estuvieren fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes de vencimiento no hubiera un día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes”*.

De lo transcrito se colige que:

a) el contenido del artículo 5 Cc. es una regla general de carácter supletorio. Es decir, se aplica cuando no se haya establecido cosa distinta –*“siempre que no se establezca otra cosa”*–, ya sea por el legislador, ya por los particulares –p. ej., en un contrato–.

b) se utiliza un sistema de *cómputo continuo* en el que también cuentan los días inhábiles –como si no fuesen tales–. En otras ramas del ordenamiento –p. ej., el derecho procesal (cfr. art. 133 LEC.) o administrativo (cfr. art. 48 LRJAE y PAC)– *“se ha establecido otra cosa”* y rige el sistema de *cómputo útil*: no se tienen en cuenta los días inhábiles –

domingos y festivos—;

c) el cómputo de fecha a fecha no deroga la exclusión del cómputo del día inicial de tal modo que se garantiza la correspondencia exacta entre fechas —si se pactó el plazo de un mes desde el 2 de octubre, comienza el día 3 pero termina el día 2 de noviembre a las 24.00 horas—.

## **4. EFICACIA ESPACIAL DE LAS NORMAS**

### **4.1 El Derecho internacional privado**

Al igual que es posible hablar de una eficacia de las normas en el tiempo —desde cuándo y hasta cuándo están vigentes— es posible reconocer una dimensión espacial de tal eficacia; esto es, un ámbito territorial donde las normas de un ordenamiento jurídico resultan aplicables. En este punto, lo frecuente es que los Estados soberanos determinen que el Derecho que compone su ordenamiento jurídico se aplique en su territorio nacional. Este modo de proceder no impide que los ciudadanos de los diversos Estados se relacionen entre sí de manera que surgirá el problema de determinar cuál de los ordenamientos relacionados es el que ha de aplicarse.

En el ordenamiento jurídico español, la Constitución atribuye al Estado central la potestad de establecer las *normas de conflicto*; esto es, las normas que determinan el ordenamiento jurídico aplicable en tales casos. En efecto, el artículo 149.1 CE. dispone que “*el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8. Legislación civil (...). En todo caso, las (...) normas para resolver los conflictos de leyes...*”. Con fundamento en esta competencia, los artículos 8 a 12 del Código civil contienen las “*normas de Derecho internacional privado*” que, básicamente, establecen lo siguiente:

a) la ley personal de las personas físicas —determinada por su nacionalidad— regirá la “*capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y sucesión por causa de muerte*” (art. 9.1 Cc.);

b) se aplicará la ley territorial —la ley del lugar donde se hallen— a los derechos y deberes relativos a la posesión, propiedad y demás derechos reales sobre bienes (cfr. art. 10.1 Cc.);

c) “*las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos*

*se regirán por la ley del país en que se otorguen*” (art. 11.1 Cc.);

d) a las obligaciones contractuales se les aplicará *“la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato”* (art. 10.5 Cc.). Una excepción lo constituyen las donaciones, pues, éstas *“se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante”* (art. 10.7 Cc.);

e) y, finalmente, se aplicará la ley del lugar donde haya acontecido el hecho del que deriven las obligaciones no contractuales (cfr. art. 10.9 Cc.).

Según se advierte, los artículos transcritos no contienen una regulación material que dé solución al problema que en cada caso se plantee: únicamente señalan cuál es el ordenamiento jurídico donde habrá de buscarse tal solución; son, por tanto, “normas de conflicto”. Siendo ello así, es preciso apuntar también que las citadas normas son con frecuencia desplazadas por los tratados internacionales ratificados por España y por la normativa comunitaria europea.

Junto con lo anterior, el artículo 12 Cc. se refiere también:

a) a la calificación que es necesario realizar para determinar la norma de conflicto que resulta aplicable y establece que se calificará con arreglo a la ley española; asimismo, también dispone que *“los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español”*.

b) a que la remisión al derecho extranjero es a su ley material sin que se tenga en cuenta el reenvío que puedan hacer sus normas de conflicto a otra ley distinta de la española; en caso de que dentro de dicho Estado coexistan varias legislaciones la determinación de cuál sea la aplicable se hará conforme a la *“legislación de dicho Estado”*;

c) a que no se aplicará en España en ningún caso una normativa extranjera que sea contraria al orden público –concepto indeterminado que es referible a los preceptos recogidos por la Constitución–;

d) a que será conceptuado como fraude de ley *“la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española”*; en tal supuesto, el artículo 6.4



Cc. ordena la aplicación de la ley que se intentó eludir.

#### **4.2 El Derecho interregional**

Al igual que se ha de precisar el ordenamiento jurídico aplicable a las relaciones jurídicas que tengan lugar entre ciudadanos de diversos Estados, es preciso determinar el Derecho que habrá de regir las relaciones jurídicas que se produzcan entre ciudadanos de un mismo Estado en el que coexistan varias legislaciones que resulten aplicables a distintas circunscripciones subestatales. Las normas que se encargan de señalar la legislación que habrá de aplicarse a tales relaciones son las llamadas "*Normas de Derecho Interregional*". La diferencia esencial con el supuesto anterior en el que existían varios entes soberanos, reside en que, en este caso, hay un ente superior –el Estado central, en España– que es el que disciplina y señala qué ordenamiento es aplicable –si el Derecho estatal o el Derecho regional, y, de existir varios, cuál de ellos–.

En el Código civil, los artículos 13 y siguientes son los que regulan el "*ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos coexistentes en el territorio nacional*". Por lo que al ámbito civil se refiere, el artículo 16 Cc. señala que "*los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán*" según las normas del Derecho internacional privado. Tal aplicación goza, sin embargo, de algunas particularidades: por un lado, "*será ley personal la determinada por la vecindad civil*" –en vez de determinarse por la nacionalidad ya que para todos es la misma: la española–; y, por otro, "*no será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2, y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público*" –no hay en este caso conflicto internacional alguno–.

Así pues, el precepto transcrito establece la "norma de conflicto" que determinará únicamente cuál de los ordenamientos existentes en España será el aplicable –vasco, catalán, gallego, etc.–, para lo cual acude al medio técnico del "punto de conexión", esto es, la relación con que respecto de un determinado ordenamiento se encuentran las personas, cosas o actos. Algunos puntos de conexión usados por el Código civil son la ley personal –que viene determinada por la vecindad civil (art. 14.1 Cc.)–, el lugar de residencia habitual de los sujetos o el lugar donde se hallan los bienes.

Sea ello como fuere, en cualquier caso la interpretación y aplicación de las normas de



Derecho interregional ha de estar presidida por el principio de igualdad de todos los ordenamientos jurídico-civiles coexistentes en España que se deriva de la propia Constitución (cfr. STC 226/1993, de 8 de julio).

## **Bibliografía**

ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, tomo I, vol. 1, Barcelona, Bosch, 1996; CAÑIZARES LASO, A., *La caducidad de los derechos y acciones*, Madrid, Civitas, 2001; CÁRDENAS QUIRÓS, C., "Límite temporal de las normas legales: la cesación de su vigencia", en VVAA., *Libro-homenaje a Jesús López Medel*, tomo I, Madrid, 1999; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984; DíEZ-PICAZO L., *La derogación de las leyes*, Madrid, Tecnos 1990; DíEZ-PICAZO, L., *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2003; DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2004; DURÁN RIVACOBIA, R., *Derecho Interregional*, Madrid, Dykinson, 1996; GARCÍA VALDECASAS, G., "Sobre el principio de no retroactividad de las leyes", *Anuario de Derecho civil*, 1966; GAYA SICILIA, R., *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Montecorvo, 1987; LACRUZ BERDEJO ET ALII, *Elementos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2000; MAGRO SERVET, V., "La irretroactividad de las normas jurídicas: regla general y excepciones", *La ley*, 1998-5, D-261; MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, J., "Una visión de la pérdida de vigor de las normas", *Actualidad civil*, 1999; MARTÍNEZ-CARDÓS RUÍZ, J., "La entrada en vigor de las normas", *Revista de Derecho Privado*, 1999; OROZCO PARDO, G., *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho civil*, Granada, Comares, 1995; PUIG BRUTAU, J., *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1996; RECIO JUÁREZ, M., "La interrupción de la prescripción extintiva", *La Ley*, 1998-3, D-122; RIVERO HERNÁNDEZ, F., "¿Apreciación de oficio de la caducidad en todo caso?", *Revista de Derecho Privado*, 2001; SUÁREZ COLLÍA J. M., *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid, Actas, 1991; UREÑA MARTÍNEZ, M., *La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho civil*, Granada, Comares, 1997.

**ANTONIO LEGERÉN MOLINA**

Revisado por **NATALIA SOLAR JIMENO**

## **TEMA 5**

**LA PERSONA COMO SUJETO DEL DERECHO. LA  
PERSONALIDAD JURÍDICA. PERSONAS  
FÍSICAS: ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA  
PERSONALIDAD. CAPACIDAD DE OBRAR. LAS  
PERSONAS JURÍDICAS**

## **TEMA 5. LA PERSONA COMO SUJETO DEL DERECHO. LA PERSONALIDAD JURÍDICA. PERSONAS FÍSICAS: ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA PERSONALIDAD. CAPACIDAD DE OBRAR. LAS PERSONAS JURÍDICAS**

### **1. LA PERSONA COMO SUJETO DEL DERECHO**

Los seres humanos –las personas– son los que conforman la sociedad y los protagonistas de las relaciones de diversa índole que en ella tienen lugar. En consecuencia, cabe decir que la persona es el *sujeto del Derecho*. Y además, la persona es el sujeto del Derecho por antonomasia puesto que el ordenamiento jurídico existe *por y para ella*: existe Derecho porque existen seres humanos que conviven en sociedad y se relacionan, y el Derecho existe al servicio de la persona para colmar la necesidad que tienen los seres humanos de reglamentar u ordenar sus relaciones de acuerdo con un criterio de justicia de la que deriva la juridicidad natural del ser humano. Por tanto, la existencia de las personas constituye un *dato previo* a la sociedad, un *prius* que justifica la construcción de un ordenamiento jurídico que, a su vez, ha de estar orientado a resolver los problemas que surjan en las relaciones que tengan lugar entre las personas. Así, ya desde las Partidas se reconoció que el Derecho existe “*por causa, razón y favor de las personas*”.

A la vez que la persona es sujeto del Derecho también es *sujeto de derechos*: es titular de unos derechos fundamentales que se derivan de su condición de ser humano. Se trata, por tanto, de unos derechos derivados de la naturaleza de la persona que el ordenamiento jurídico únicamente reconoce, no atribuye. En consecuencia, que la persona sea sujeto de derechos no depende de la atribución de tal cualidad por el ordenamiento jurídico sino que entronca y deriva de la condición misma de persona.

Expuesto lo anterior, el Derecho civil es la rama del ordenamiento jurídico que se ocupa de la persona en sí misma y de sus relaciones. La persona constituye, por tanto, el centro de este sector del ordenamiento jurídico a la vez que se erige en sujeto de las relaciones jurídicas. De todos modos, dentro de lo que se conoce como Derecho civil existe una parte dirigida de manera concreta a regular todo lo relativo a la situación de la persona como tal: el Derecho de la Persona.

## **2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA**

La aptitud de la persona de ser sujeto de derechos –esto es, centro de imputación de derechos y deberes desde un punto de vista jurídico– es denominada por la doctrina como la *personalidad jurídica* o *capacidad jurídica*. De manera general, y aun cuando existen matices entre las diversas definiciones elaboradas por los autores, cabe señalar, siguiendo a DE CASTRO, que la capacidad jurídica es la “cualidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que le afectan”; esto es, la cualidad que tiene todo ser humano que le habilita para ser titular de derechos y obligaciones. O, en palabras de GORDILLO CAÑAS, la “aptitud o idoneidad de la persona para ser sujeto de derechos”. Por tanto, se trata de una cualidad que el Derecho no otorga; únicamente reconoce, o, todo lo más, regula las condiciones de su ejercicio. En tal sentido, el Derecho ha de reconocer capacidad jurídica a todo ser de la especie humana; la personalidad jurídica del ser humano es, por tanto, innata.

Corolario de lo anterior es que la capacidad jurídica no es graduable: la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos se tiene, en tanto se es persona, o no se tiene. Y es que al igual que el ordenamiento jurídico no atribuye la capacidad jurídica –sólo la reconoce– tampoco puede privar a alguien de ella. Asimismo, al constituir una cualidad que se deriva del hecho mismo de ser humano –la capacidad jurídica acompaña a todas las personas hasta su muerte– no es susceptible ni de disposición –no cabe que por un acto de autonomía de la voluntad se disponga de ella– ni de condicionamiento de ninguna clase. En consecuencia, no puede haber diversas capacidades jurídicas según de qué personas se trate: la capacidad jurídica es una y la misma para todos.

Por otra parte, la doctrina ha examinado desde distintas perspectivas esta aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y ha afirmado que coincide con la personalidad (O’CALLAGHAN) o que es una de sus facetas (ALBALADEJO). Partiendo de la íntima relación existente entre persona y capacidad jurídica, el primero es un concepto filosófico y antropológico mientras que el segundo es eminentemente jurídico; no se trata, por tanto, de términos idénticos. Por ello, lo más adecuado es concebir la capacidad jurídica como la *versión jurídica de la personalidad*; es decir, no coincide con ella sino que es una manifestación que se produce en el ámbito jurídico de la cualidad de ser persona y que,

por tanto, a toda persona, por el mero hecho de serlo, se le ha de reconocer.

Siendo ello así, es preciso señalar que la capacidad jurídica –medio necesario para la realización de la persona– es una aptitud abstracta de ser titular de derechos. En efecto, en sí misma, no conlleva la atribución efectiva de un derecho u obligación concreta. A tal tenencia efectiva se le denomina *titularidad*. Así pues, el reconocimiento de capacidad jurídica permite que una persona pueda ser titular de un derecho u obligación y la titularidad hace que efectivamente y, en el caso concreto de que se trate, tenga ese derecho u obligación.

### **3. LAS PERSONAS FÍSICAS: ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA PERSONALIDAD**

#### **3.1 Distinción entre personas físicas y personas jurídicas**

Para el Derecho, persona no son los seres humanos sino los *sujetos de derechos* que pueden ser tanto los seres humanos –personas físicas– como esos entes que, sin tener naturaleza humana, son *personificados* por el derecho –personas jurídicas–. La atribución de personalidad a estas entidades responde a una concepción abstracta del Derecho, concebido como entramado de relaciones jurídicas, y se realiza fundamentalmente por razones pragmáticas: facilitar el cumplimiento de determinados fines que suelen exceder la vida y las posibilidades de una persona física.

Ahora bien, que tanto las personas físicas como las jurídicas sean sujetos de derechos para el ordenamiento jurídico –sean personas– no significa que sean equivalentes. En efecto, mientras que los seres humanos son un dato anterior al Derecho, las personas jurídicas son creación de éste. El Derecho reconoce la existencia de las personas físicas por el hecho de serlo mientras que las personas jurídicas son tales sólo porque el Derecho así las admite. En definitiva, en un supuesto reconoce la personalidad jurídica y en otro la atribuye.

#### **3.2 Adquisición de la personalidad de las personas físicas**

##### **3.2.1 El nacimiento**

El artículo 29 CC señala que “*el nacimiento determina la personalidad*”. El nacimiento es, pues, el hecho a partir del cual se le reconoce personalidad al sujeto y, por tanto, adquiere capacidad jurídica: el Derecho vincula al nacimiento la consideración de un ser

humano como persona.

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, el artículo 30 CC especifica cuándo se adquiere la personalidad estableciendo que “*en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”. Al margen de que técnicamente la parte inicial del precepto constituya una reiteración de lo establecido por el artículo 29 CC., el texto de la norma permite colegir dos cosas. Primera: el Código civil determina qué haya de ser nacimiento desde un punto de vista fisiológico y lo configura exigiendo ruptura del cordón umbilical y salida del claustro materno –“*una vez producido el entero desprendimiento del seno materno*”–. Y segunda: no se incluye únicamente una referencia al nacimiento sino que se exige el cumplimiento de otro requisito cual es que haya verdadera vida –“*nacimiento con vida*”–.

Es cierto que la derogada exigencia de las veinticuatro horas –cuyos antecedentes cabe situar en el Derecho germánico– era un criterio de sencilla comprobación pues se cumplía de manera automática tras el paso del tiempo señalado. Sin embargo, este requisito de *viabilidad legal* generaba ciertas distorsiones: de una parte, se entendía cumplido en los supuestos en que el nacido hubiese sido mantenido artificialmente con vida durante esas horas y hubiese certidumbre de que fallecería posteriormente; y, de otra, no cabía considerar cumplida tal exigencia cuando el nacido en perfectas condiciones falleciese por causas externas antes de dicho plazo –por ejemplo, accidente o delito–. En definitiva, constituía un criterio que no colmaba plenamente la finalidad pretendida: justificar la capacidad de supervivencia del nacido.

De igual manera, con la reforma operada en julio de 2011, se ha eliminado también el segundo requisito que el artículo 30 CC. exigía: el de la *figura humana*. Exigencia que buena parte de la doctrina interpretaba en clave médico-biológica a efectos de paliar los problemas que se derivaban del ya comentado requisito de las veinticuatro horas. Así entendido, la *figura humana* excluía a los seres humanos con tales deficiencias que le imposibilitasen la vida autónoma sin asistencia médica extraordinaria. De todas maneras, este requisito tampoco resolvía todos los problemas existentes –por ejemplo, cuando el nacido fallecía por causas externas– a la vez que suponía reconvertir el requisito de la figura humana en un criterio de *viabilidad natural* –expresamente excluido por el legislador

al incluir el de *viabilidad legal* del plazo de 24 horas—. Por ello, un grupo de autores ha venido defendiendo que el requisito de la *figura humana* debía entenderse como “perteneciente a la especie humana”, al ser más acorde con la dignidad de la persona, de manera que todo ser humano que naciese vivo —al margen de la apariencia o defectos internos— cumpliría este requisito. Esta interpretación conllevaba restar sustantividad al requisito de la *figura humana* —sobre la base de que constituía “poco más que un residuo histórico”— a la vez que suponía realizar una actualización de dicha exigencia a la realidad social.

Pues bien, según se advierte, la actual regulación introducida por la Ley del Registro civil de 22 de julio de 2011, incorpora al texto legal esta última corriente doctrinal, de forma que todo ser humano que nazca vivo y lo esté tras el desprendimiento total del seno materno será reconocido como persona a efectos jurídicos. Ello, al margen de que se le mantenga artificialmente con vida durante un tiempo por tener tales deficiencias que conllevarán su fallecimiento, o de que fallezca por causas externas. Así las cosas, cumplidos los requisitos recogidos por el artículo 30 CC., la personalidad se adquiere desde el momento mismo del nacimiento, al no ser necesario, como hasta ahora sucedía, el transcurso de un plazo para el reconocimiento de la personalidad —el transcurso sólo constituía una *condicio iuris*, de manera que se tenía personalidad desde el nacimiento aun cuando hubiese de esperarse veinticuatro horas para su reconocimiento de manera retroactiva—.

Por último, ha de señalarse que con la actual redacción del artículo 30 CC. también se ha eliminado la especificación de que los requisitos exigidos eran para el reconocimiento del nacimiento “*a efectos civiles*”. De acuerdo con la nueva redacción, se considera persona al nacido a todos los efectos desde el momento en que nace, ya sean éstos civiles o no, y tengan o no contenido patrimonial. En consecuencia, al nacido se le reconoce titular de los derechos fundamentales y acreedor de la protección penal desde el momento del nacimiento, así como sujeto de relaciones jurídico-privadas —filiación, parentesco— o de derechos subjetivos privados de contenido patrimonial, sin necesidad —como antaño— de que estuviesen directamente ligados con la protección de su persona —derecho de alimentos—.

### **3.2.2 Protección del concebido pero todavía no nacido**

El Código civil también concede protección al concebido pero todavía no nacido; esto es, al *nasciturus* –el que nacerá–. Así, el artículo 29 CC señala que “*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente*” –las ya conocidas de que haya vida una vez enteramente desprendido del claustro materno–.

Del texto del artículo 29 CC se colige que la protección en él contenida constituye una excepción al principio general de que la personalidad se adquiere con el nacimiento. El Derecho reconoce la existencia del concebido –de todo concebido– y le atribuye consecuencias jurídicas importantes –le tiene por nacido para todos los efectos favorables–: le reserva ciertos beneficios o efectos favorables para cuando nazca –no se los atribuye de presente–.

La indicada protección se ha ido extendiendo y actualmente el Código civil tiene por nacido al concebido “para todos los efectos que le sean favorables”. Dentro de tales efectos se incluyen fundamentalmente los de ámbito patrimonial pero también los de ámbito personal (cfr. Resolución de la DGRN 12 de julio de 1993).

Por otra parte, el Código civil sólo le atribuye los efectos que quepa calificar como *directamente favorables* para el concebido –no para un tercero ni favorables de manera indirecta–, habiéndose de hacer una valoración general sobre carácter favorable o desfavorable de tales efectos. Así, una vez declarado como favorables unos efectos no cabe eludir lo que en ellos pueda haber de perjudicial –por ejemplo, si globalmente una herencia es favorable no cabría eludir las deudas que contuviese–. En tal sentido, son generalmente admitidos como favorables las herencias o las donaciones; no así los contratos que, en principio, han de estimarse desfavorables.

Según se deduce de lo expuesto, los efectos favorables señalados se “paralizan” durante la gestación hasta el momento en que el concebido nazca con los requisitos del artículo 30 CC o haya certidumbre de que no nacerá. Durante ese tiempo el ordenamiento jurídico toma las medidas oportunas para garantizar la pervivencia de tales efectos. Y una vez haya nacido con los requisitos de la figura humana y la viabilidad legal, se produce una *ficción de personalidad*: se atribuye personalidad al nacido desde el momento en que



se produjesen los efectos de que en cada caso se trate al objeto de permitir su adquisición; se le tiene por nacido desde el momento de producción de efectos.

Para la prueba del momento de la concepción se entiende aplicable el plazo establecido en el artículo 116 CC respecto de la determinación de la filiación matrimonial: en los trescientos días anteriores al nacimiento. Ello salvo que haya prueba en contrario que demuestre que no estaba concebido en dicho momento.

### **3.2.3 Los *nondum concepti***

Con esta expresión latina se hace referencia a las personas que aun no estando concebidas pueden llegar a nacer en un futuro. Lo que protege el Código civil en este caso no es a un ser humano –que todavía no existe– sino la libertad testamentaria o contractual del disponente (DORAL). Por ello, los *nondum concepti* no son titulares de ninguna posición jurídica o derecho subjetivo concreto. El ordenamiento jurídico sólo realiza una reserva de derechos a su favor: establece mecanismos que permiten la atribución de derechos, bien *inter vivos* –contratos a favor de tercero o donaciones con cláusula de reversión (art. 641,1 Cc.)– bien *mortis causa* –sustituciones fideicomisarias (art. 781 Cc.) o institución de heredero condicional (STS 4 de febrero de 1970)–.

### **3.2.4 Los partos múltiples**

De acuerdo con el artículo 31 CC, “*la prioridad del nacimiento, en el caso de partos dobles, da al primer nacido los derechos que la Ley reconozca al primogénito*”. Este precepto –aplicable también a los supuestos de partos múltiples– establece en tal caso quién ha de considerarse mayor: el que nazca antes.

## **3.3 Extinción de la personalidad**

### **3.3.1 La muerte de las personas. La declaración de fallecimiento**

En el Código civil únicamente existe una causa que extingue la personalidad: la muerte de las personas. Así, el artículo 32 CC dispone que “*la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*”. Qué sea la muerte o cuándo cabe declararla es una cuestión que habrá de dilucidar la medicina. En efecto, el concepto “muerte” a que se refiere el Código civil es un concepto que ha de entenderse en sentido médico o biológico pero no legal –no cabe la muerte “legal” que existía en otras épocas al resultar contraria a

la dignidad de la persona (cfr. art. 10 CE.)—. Siendo ello así, la legislación relativa a transplantes de órganos hace referencia a tres criterios para determinar cuándo se produce el fallecimiento, en tal caso, del donante: la irreversibilidad “de las lesiones cerebrales”, “de las funciones cardiorrespiratorias” o “de las funciones encefálicas”.

Ahora bien, la falta de noticias o la desaparición de una persona que se prolonga en el tiempo puede dar lugar a que surja la *presunción de su fallecimiento*; por ejemplo, cuando, no se tienen noticias durante un tiempo prudencial (cfr. arts. 183 y 193 CC), o cuando tal persona haya participado en campañas bélicas, haya padecido un naufragio o accidente aéreo (cfr. art. 194 CC). En tales casos, y cumplidos determinados requisitos, cabe instar una declaración de fallecimiento de tal persona: no hay certeza de la muerte pero resulta casi segura desde un punto de vista biológico. Tal declaración de fallecimiento implica dotar de certeza legal el presunto fallecimiento. La conveniencia de su solicitud reside en que la incógnita del paradero o de la existencia de tal persona no puede mantenerse de manera indefinida pues afecta a las relaciones jurídicas de que era titular y que atañen a terceros.

El medio ordinario para probar el fallecimiento de las personas es la inscripción de tal hecho en el Registro civil. Y es que, de acuerdo con el artículo 81 LRc., la inscripción “*hace fe de la muerte de una persona y de la fecha, hora y lugar en que acontece*”.

### **3.3.2 Conmoriencia y premoriencia**

El artículo 33 del Código civil señala que “*si se duda, entre dos o más personas llamadas a sucederse, quién de ellas ha muerto primero, el que sostenga la muerte anterior de una o de otra, debe probarla; a falta de pruebas, se presumen muertas al mismo tiempo y no tiene lugar la transmisión de derechos de uno a otro*”.

Con este precepto, el Código civil pretende dar respuesta a los supuestos en que fallecen dos o más personas de manera simultánea y no se puede determinar el orden del fallecimiento y, en consecuencia, el orden de sucesión entre ellos. La regulación del precepto transcrito rompe con criterios tradicionales —existentes ya en el Derecho romano— constituidos por presunciones basadas en la mayor o menor fortaleza de los conmorientes —si fallecían marido y mujer se presumía que ésta fallecía antes; si fallecían hijo púber y su padre, se presumía fallecido éste antes—.

Actualmente, el Código civil opta por una regla de no transmisión de derechos cuando se duda del orden cronológico y no resulta posible establecer el orden de fallecimientos; con todo, cualquiera puede probar tal orden de fallecimientos determinando entonces la sucesión de derechos.

Junto con ello, y a pesar de la dicción literal, se entiende aplicable el precepto aun cuando las personas fallezcan en distinto lugar y por distinta causa pero en el mismo momento –no es preciso que sea en el mismo siniestro; p. ej., automovilístico o aéreo– y aun cuando no sean herederos en sentido estricto uno de otro –basta con que uno pueda recibir derechos del otro; p. ej., un legado–.

## **4. CAPACIDAD DE OBRAR**

### **4.1 Definición y características**

Si la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de derechos, la *capacidad de obrar* es la aptitud para poder ejercitarlos; o, en términos de BERCOVITZ, es la “aptitud para actuar con eficacia jurídica, para que los actos realizados por una persona puedan ser considerados, en su caso, como jurídicamente válidos”. Vendría a ser, por decirlo de alguna manera, la *dimensión dinámica* de la capacidad jurídica.

En el ejercicio dinámico de la aptitud abstracta para ser titular de derechos sí pueden existir limitaciones, a diferencia de lo que sucedía respecto de la capacidad jurídica “estáticamente considerada”. En consecuencia, la capacidad de obrar no goza de la característica de la invariabilidad. Antes al contrario, de la capacidad de obrar cabe predicar las características de la contingencia –se puede tener y se puede perder– y la variabilidad –hay diversos grados de capacidad–.

### **4.2 La capacidad de obrar y la capacidad natural**

La atribución de la capacidad de obrar en el ordenamiento jurídico está relacionada de manera indirecta con la llamada *capacidad natural*; esto es, la capacidad de entender y querer el acto que se realiza: conocer de qué acto se trata –que se discierna el alcance del acto y se comprendan las consecuencias que produce– así como quererlo libre y voluntariamente –que la decisión de realizarlo sea tomada de manera libre, sin condicionamientos ni perturbaciones internas o externas–. Lógicamente, una persona que

tenga tal capacidad natural parece que podrá, en principio, cuidar de su persona y sus bienes.

Lo anterior es así pues si la atribución de la capacidad de obrar dependiese de manera directa de la *capacidad natural* de entender y querer el acto –lo que conllevaría su determinación tras la comprobación de que concurre en cada caso– supondría una paralización del tráfico jurídico –piénsese si para cada compraventa fuese preciso examinar si comprador y vendedor tienen un nivel suficiente de conocimiento del acto y lo quieren–. Por tal motivo, el legislador ha vinculado la capacidad general de obrar con dos estándares de carácter objetivo y fácilmente comprobables que permiten presumir la existencia de tal *capacidad natural*: la edad y la ausencia de incapacitación. Esto es, aun cuando “la edad, por sí misma, dice bien poco sobre la verdadera aptitud de una persona” (DE CASTRO), el legislador presume que a partir de la mayoría de edad una persona es capaz de obrar de manera general (cfr. art. 322 Cc.), siempre y cuando no haya una declaración de incapacitación –que judicialmente se declare la ausencia de capacidad (art. 199 Cc.)–. De este modo, el legislador ha sustituido un criterio de cualidad –la *capacidad natural*– por uno cuantitativo –el cumplimiento de años–: se ha fijado la plena capacidad de obrar en los 18 años pues tal mayoría de edad permite presumir que se habrá llegado entonces a un desarrollo físico y psíquico que permita los mínimos necesarios para entender que existe *capacidad natural*. Algo parecido sucede respecto de la ausencia de incapacitación: salvo que un juez establezca lo contrario ha de presumirse la capacidad de la persona. Así pues, cuando se reúnan ambos requisitos se tendrá la aptitud para actuar válidamente en la vida jurídica.

## **4.3 Diversas situaciones respecto de la capacidad**

### **4.3.1 Introducción**

Las variabilidad y la contingencia atrás señaladas, permiten distinguir cuatro grados de capacidad de obrar establecidos de acuerdo con unos estándares basados en las circunstancias subjetivas de las personas y en su estado civil y que a continuación se examinan: la plena capacidad, la incapacidad de obrar, la capacidad restringida o limitada y la capacidad especial (O’CALLAGHAN). Junto con tales grados cabe referirse a un quinto: la situación de los menores de edad –materia que también se aborda en este apartado–.

#### **4.3.2 La plena capacidad**

En el ordenamiento jurídico español se adquiere la plena capacidad una vez se cumplen los 18 años tal y como dispone el artículo 315 Cc. –*“la mayor edad empieza a los 18 años cumplidos”*–; precepto redactado por la Ley 11/1981 para adaptarlo al contenido del artículo 12 CE. A efectos del cómputo de los *“años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”* (art. 315 Cc.). Tal mayoría de edad se produce de manera automática y sin necesidad de contar con la voluntad del sujeto. Asimismo, tampoco es preciso ningún acto formal declarativo para alcanzar la mayoría de edad.

Las principales consecuencias de la mayoría de edad son dos. En primer lugar, y como establece el artículo 322 Cc. *“el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”*. En efecto, la mayoría de edad determina la plena capacidad de obrar en todos los sectores del Derecho –a pesar de la dicción del precepto *“para todos los actos de la vida civil”*–. Y la segunda consecuencia de la mayoría de edad es que, salvo en el caso del menor de edad incapacitado (art. 201 Cc.), se produce la salida de la institución de protección a que estaba sometido el menor hasta ese momento: patria potestad, asistencia paterna, tutela o curatela.

#### **4.3.3 La incapacidad de obrar**

La imposibilidad de ejercitar válidamente los derechos y obligaciones en el ámbito jurídico puede tener lugar en dos supuestos: la falta de capacidad natural para realizar el acto de que en concreto se trate y la declaración judicial de la falta de capacidad.

En el primer caso y según hemos avanzado, es posible que se trate de una persona con plena capacidad de obrar. Sin embargo, si las circunstancias psíquicas en que se encuentra eliminan la capacidad de entender y querer –lo que hemos denominado *capacidad natural*– el acto que realizan no será válido: le faltará capacidad de obrar. La razón reside, como quedó dicho, en que la capacidad real de obrar depende no sólo de la capacidad general de obrar –o la capacidad de obrar en abstracto– sino también de la disposición psíquica concreta. En el caso apuntado se tendrá capacidad pero la imposibilidad de conocer o consentir harán que el sujeto sea incapaz.

Junto con tal incapacidad –derivada de la falta de capacidad natural antes que de una

imposibilidad general de obrar– bajo el epígrafe de “incapacidad de obrar” cabe referirse también a la incapacitación. Esto es, al procedimiento judicial por el que mediante sentencia se declara que una persona carece de capacidad. En tal supuesto, la imposibilidad de actuar válidamente deriva de tal declaración –se reconoce la falta de la capacidad de obrar en abstracto– antes que de la disposición psíquica concreta –de la que también podría derivarse–.

La declaración de incapacitación primariamente se concibe como un medio de protección para permitir la actuación en la vida jurídica de las personas que carecen de la plena capacidad. Ello no obstante supone también reconocer que la persona carece de plena capacidad de obrar, motivo que justifica que necesite complementos para poder actuar con capacidad plena en la vida jurídica. Ahora bien, lo que ha de retenerse es que ante todo la finalidad de esta institución estriba en proteger a estas personas para evitar que se vean perjudicadas por actuaciones desconsideradas o perjudiciales a consecuencia de malas influencias o erróneas percepciones.

Siendo ello así y como señala el artículo 199 Cc. “*nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley*”. Para poder declarar la incapacitación de una persona es preciso que concurren tres requisitos: que se trate de “*enfermedades o deficiencias (..) de carácter físico o psíquico*”, que sean persistentes y que impidan al sujeto “*gobernarse por sí mismo*”. Dicho lo anterior, es preciso resaltar que la falta de autogobierno es el elemento clave en la incapacitación: una enfermedad psíquica o física de carácter persistente no dará lugar a la incapacitación si no origina incapacidad de autogobierno, esto es, la falta de autosuficiencia y de capacidad de tomar decisiones en la vida diaria.

El procedimiento a seguir para declarar incapacitada a una persona está regulado en los artículos 756 a 763 de la LEC. y se trata de un proceso con las máximas garantías.

#### **4.3.4 La capacidad limitada o restringida: los menores emancipados o los curatelados**

La capacidad limitada hace referencia a los supuestos en que se carece de capacidad de obrar en plenitud. Ello puede venir determinado por una disposición de la ley –tal es el caso de los menores emancipados– o por una disposición judicial –se reconoce la

capacidad limitada—.

Estos supuestos constituyen casos intermedios entre la plena capacidad de obrar y la incapacidad a la que hemos hecho referencia en el supuesto anterior. Y es que ni se tiene toda la capacidad de modo que se pueda actuar por uno mismo, ni se carece totalmente de capacidad de manera que un representante legal haya de actuar en sustitución de uno. Son supuestos donde hay capacidad pero al no ser plena es preciso se que complete. Se puede actuar por uno mismo pero no por sí sólo: es preciso un complemento de capacidad.

En el caso de los menores emancipados, el Código civil dispone en el artículo 323 que *“la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor”*. De todos modos, el propio precepto reconoce la falta de plenitud de tal capacidad al señalar que *“pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objeto de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador”*. Así pues, capacidad limitada pero completable respecto de ciertos actos de especial trascendencia hasta alcanzar la plenitud de capacidad.

La emancipación, dispone el artículo 314 Cc., tiene lugar *“por la mayor edad, por el matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad y por concesión judicial”*. Asimismo, también tiene lugar la emancipación por vida independiente. Así, el artículo 319 Cc. establece que *“se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de 16 años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento”*.

También son supuestos de capacidad de obrar limitada o completable aquéllos en que por declaración judicial se establece el mecanismo de la curatela. El juez, en la sentencia, reconoce la falta de capacidad de obrar plena del sujeto pero no reconoce su incapacidad absoluta de manera que en vez de nombrar un tutor que sustituya al sujeto nombrará a un curador para que complete los actos del curatelado que se señalen: la curatela *“tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido (art. 289 Cc.)*. Estos actos pueden referirse tanto al ámbito patrimonial (cfr. art. 287 Cc.) como al personal —p. ej., las llamadas *curatelas de*



*salud*, donde la misión del curador es supervisar si la persona en cuestión aplica el tratamiento, revisar si se toma la medicación, si asiste a la consulta, etc.–.

#### **4.3.5 La capacidad de obrar especial**

Son supuestos de capacidad de obrar especial aquellos en que la ley señala una capacidad diversa de la general derivada de la mayoría de edad, bien porque establezca una capacidad mayor –p. ej., la adopción para la que se requieren 25 años (cfr. art. 175 Cc.) de manera que si no se tiene tal edad se realizará un acto inválido– bien porque faculte a quien no tiene capacidad general de obrar para la realización de un acto concreto – p. ej., se establece una “capacidad menor” para poder testar: basta con tener 14 años (cfr. art. 663.1 Cc.)–. Por tanto, son casos donde para la realización de actos determinados el legislador señala requisitos específicos. En palabras de DE CASTRO, la capacidad de obrar especial “significa una autorización especial. La incapacidad especial es, a la inversa, una particular exclusión del número de los autorizados”.

Por su parte, cabe referirse en este ámbito también a las prohibiciones legales. No se trata de capacidades de obrar especiales sino de particulares exclusiones –no generales–. Así, DE CASTRO, señala que una prohibición especial es una “inhabilitación para realizar ciertos actos, en general o respecto de ciertas personas, impuesta por un veto legal”. Respecto de un sujeto que tendría capacidad para realizar de manera general una clase de actos, una disposición legal le prohíbe expresamente realizarlo respecto de determinadas personas o en situaciones particulares. Algunas de estas prohibiciones legales, que han de interpretarse de manera restrictiva y que han de estar expresamente reguladas por la ley, son, por ejemplo, la imposibilidad de los tutores de comprar los bienes de los que están bajo su guarda (cfr. art. 1.459.1 Cc.) o la imposibilidad de los mandatarios de comprar los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados (cfr. art. 1.549 Cc.) .

#### **4.3.6 Una referencia a los menores de edad**

Para terminar de reflejar las situaciones en que cabe encontrarse respecto de la capacidad, es preciso hacer una referencia al menor de edad aun cuando se hayan avanzado algunos aspectos. En este ámbito se ha producido una evolución conceptual y jurídica: si en un primer momento se entendía que el menor era total y absolutamente incapaz para realizar actos con eficacia jurídica al reconocer alcance general al artículo



1.263.1 Cc. dictado en sede de contratos –ante la inexistencia de un conjunto de normas donde se declarase de modo expreso la capacidad del menor–, actualmente se reconoce que es capaz para ciertos actos (cfr. Res. de la DGRN 3 de marzo de 1989). En efecto, fruto de la citada evolución es la concepción de que la capacidad de obrar se adquiere de manera gradual; es decir, no se produce un salto en lo relativo a la capacidad de obrar entre la menor edad y la mayoría de edad. Así, actualmente se niega la incapacidad general del menor (DE CASTRO). Buena prueba de ello es que los menores se desenvuelven en el tráfico ordinario en asuntos de poca importancia.

Lo anterior no impide reconocer que en el ordenamiento jurídico se le priva de capacidad de obrar plena al menor para evitar que realice actos que le puedan resultar perjudiciales, a la vez que se instaura un sistema de protección. La razón de la privación de la capacidad de obrar se fundamenta en que los menores carecen de la capacidad natural de querer y entender así como de la experiencia necesaria para evitar actuaciones perjudiciales. Y la consecuencia de tal privación es que serán los representantes del menor los que actuarán sobre su esfera jurídica con plena eficacia; esto es, el representante actúa en nombre del menor.

En la citada evolución, dos hitos importantes han sido la Ley 11/1981, de 13 de mayo que modificó algunos preceptos del Código civil relativos a los menores y la Ley 1/1996, de 15 de enero, Orgánica de Protección Jurídica del Menor. En efecto, por lo que a esta última se refiere, se reconoció en la Exposición de Motivos que “la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos”; a la vez que señalaba en el artículo 2.2 que “*las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*”. En consecuencia, actualmente el menor es un sujeto necesitado de protección pero cuya autonomía debe ser reconocida y potenciada. En línea con ello, el sistema introducido por las citadas leyes reconoce capacidad de obrar en función de la progresiva adquisición de capacidad natural del menor para realizar determinados actos a consecuencia de su desarrollo. La ventaja de este sistema es que se adapta a la situación concreta del menor de manera que no se establece un sistema monolítico –siendo tan menores uno de dos años como uno de catorce, resulta evidente que ambos no tienen la misma capacidad–. Y la desventaja es que se trata de un sistema que propicia la inseguridad e incerteza.

Asimismo, otro mecanismo establecido por el Código civil es la *audiencia del menor* de manera que intervendrá –de forma voluntaria u obligatoria, según los casos– en los asuntos que le incumban con la finalidad de oírle, pero sin que su opinión resulte vinculante (cfr. art. 9.1 LOPJM o arts. 92.2, 92.6, 154.3, 159, ó 177.3 Cc.).

Así las cosas, el artículo 162 Cc. puede suplir en cierto modo la aludida carencia de una norma general sobre la capacidad del menor ya que en él se encuentran elementos suficientes para construir jurídicamente su capacidad de obrar, dentro del ámbito limitado y variable de sus aptitudes naturales. De acuerdo con lo que en él se establece, actualmente se le reconoce capacidad para:

a) realizar por sí mismo “*los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo*” (art. 162.1 Cc.);

b) poder administrar por sí mismo los bienes que haya adquirido con su trabajo o industria, si se han cumplido 16 años (cfr. art. 164.2 Cc.).

## **5. LAS PERSONAS JURÍDICAS**

### **5.1 Definición y fundamento de las personas jurídicas**

Es innegable la presencia en la vida social de entes organizativos diversos de las personas humanas –personas físicas– que actúan en el tráfico jurídico y a las que se le reconoce gran importancia –p. ej., desde un punto de vista económico a las empresas, desde un punto de vista social a las fundaciones, etc.– y capacidad de autoorganización. Tales entidades son *sujetos de Derecho* –el ordenamiento jurídico se ocupa de ellas– y *sujetos de derechos* –el ordenamiento les reconoce la aptitud para ser titulares de derechos y deberes–. Su existencia se debe a que tienden o buscan un fin protegible por el Derecho –no se admitiría por ejemplo una sociedad de narcotraficantes (arg. ex art. 22 CE.)– y que, en muchas ocasiones, excede del ámbito individual –p. ej., una sociedad multinacional cuya labor no podría ser desarrollada por una única persona–. Estamos hablando de las *personas jurídicas* que cabría definir como las “entidades independientes de las personas físicas, dotadas de organización jurídica propia, de propia personalidad, de manera que pueden ser sujetos de derechos y de deberes, siempre que estén reconocidas por el ordenamiento”.

## **5.2 Clases de personas jurídicas**

El artículo 35 CC señala que *“son personas jurídicas: 1º. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley (..). 2º. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados”*.

Dejando de lado la falta de rigor técnico del precepto transcrito, cabe referirse a dos tipos básicos de personas jurídicas: las asociaciones y las fundaciones –las corporaciones son un subtipo dentro de las asociaciones–.

La principal diferencia existente entre las asociaciones y fundaciones es que mientras que en las primeras lo relevante es el sustrato personal –son un conjunto de personas que se unen para un fin general o particular de los asociados y relativamente duradero: una *universitas personarum* (cfr. art. 22 CE.)–, en las segundas lo importante es el componente patrimonial –es un conjunto de bienes afectos a un fin de interés público (cfr. art. 34 CE.): *universitas bonorum*–. Lo anterior no impide que en las asociaciones se manejen bienes para la consecución del fin para el que existen y que el desarrollo del fin fundacional exija la colaboración de personas.

Las agrupaciones de personas para la obtención de un fin –las asociaciones– pueden surgir:

a) de la libre iniciativa de los sujetos privados que las componen –asociaciones en sentido estricto–;

b) del dictado de la Ley –las corporaciones–: son las personas jurídico-públicas nacidas para conformar la estructura socio-política del sistema social; esto es, los organismos con que atender las necesidades de la sociedad que se incardinan dentro de la organización estatal formando parte de la misma y que se rigen por el Derecho público –Derecho Administrativo y Constitucional–. Ello no obsta para que en algunos casos puedan tener capacidad de Derecho privado siendo, por tanto, sujetos de relaciones jurídicas privadas.

Siendo ello así, las asociaciones en sentido estricto y las fundaciones son generalmente entidades de Derecho Privado y se rigen por el Derecho Civil y Mercantil.

Así, la referencia que el artículo 35 CC realiza al “*interés público*” ha de entenderse como de interés general.

Dentro de las asociaciones, y aun teniendo un mismo origen –la iniciativa de sus miembros–, cabe realizar una última clasificación en atención a su finalidad:

a) las de “interés particular” (cfr. art. 35 Cc.); esto es, las *sociedades*: su finalidad es obtener beneficios económicos repartibles entre los socios; el ánimo de lucro es una característica esencial de tales entidades (cfr. art. 1.665 CC y 116 C.Com.)

b) las *asociaciones en sentido estricto*: tienden a la satisfacción de las necesidad de sus asociados –recreativos, culturales, educativos, etc.–.

### **5.3 Adquisición de la personalidad. Capacidad jurídica y de obrar**

Las personas jurídicas adquieren capacidad jurídica y de obrar desde el mismo momento de su constitución (cfr. art. 35 CC). Ahora bien, para la determinación del instante en que quedan “*válidamente constituidas*” es preciso atender a las leyes que las crean o reconocen.

De otro lado, el artículo 38 CC dispone que “*las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución*”. En efecto, la capacidad jurídica de las personas jurídicas es general, salvo para los casos donde sólo una persona física pueda ser parte de la relación jurídica – p. ej., el matrimonio–. Así, las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos reales, de crédito, derechos de autor, pueden suceder *mortis causa* (art. 745.2 CC), pueden aceptar donaciones (art. 625 CC), pueden ser tutores (art. 242 CC) o tienen derecho al nombre (cfr. STS 21 de octubre de 1972).

Por su parte, el artículo 37 CC establece que “*la capacidad civil de las corporaciones se regulará por las leyes que las hayan creado o reconocido; la de las asociaciones por sus estatutos, y la de las fundaciones, por las reglas de su institución, debidamente aprobadas por disposición administrativa, cuando este requisito fuese necesario*”. Y es que, además de los supuestos donde por naturaleza no pueden actuar, también es posible que por la ley o la voluntad de los que la hayan creado –p. ej., limitando el objeto a que responden– se restrinja su ámbito de actuación.

Por último, la persona jurídica no actúa por sí misma sino a través de sus órganos que están formados en último término por personas físicas. Consecuencia de ello es que la persona jurídica queda vinculada por la actuación de tales personas físicas, debiendo, incluso, de responder extracontractualmente de los daños que sus representantes u órganos hayan podido causar a terceros (cfr. STS 29 de abril de 1988); ello no impide que tengan derecho de repetición contra aquéllos (art. 1.094 CC).

#### **5.4 Domicilio y nacionalidad de las personas jurídicas.**

Al igual que las personas físicas tienen un domicilio –su residencia habitual (art. 40 CC)–, razones prácticas aconsejan que las personas jurídicas también tengan uno a efectos de localizar en algún sitio su subjetividad (PUIG FERRIOL). Y como acontece respecto de las personas físicas, las personas jurídicas también pueden fijar su domicilio donde estimen conveniente. En efecto, el artículo 41 CC establece que *“cuando ni la ley que las haya creado o reconocido, ni los estatutos o reglas de fundación fijasen el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto”*. Introduce, por tanto, únicamente un criterio subsidiario de fijación de domicilio cuando éste no aparezca contenido en los estatutos de la persona jurídica –la fijación del domicilio es lo habitual pues es un contenido estatutario mínimo exigido por la legislación–. Así y todo, el domicilio social será único, aun cuando la entidad tenga varios locales o delegaciones.

Respecto de la nacionalidad de las personas jurídicas, el artículo 28 CC señala que *“las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código”*. Así pues, el domicilio de la persona jurídica es el criterio de imputación de la nacionalidad, que determinará el ordenamiento jurídico concreto que se aplica. En lo que se refiere a la nacionalidad española, el artículo 9.11 CC establece que *“la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción”*.

## **5.5 Las Asociaciones**

La principal norma a tener en cuenta es la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación.

Las asociaciones se constituyen mediante un *acuerdo de constitución*, que debe incluir la aprobación de los Estatutos, y que se formaliza mediante el otorgamiento de un acta fundacional que ha de presentarse para su inscripción en el Registro administrativo de Asociaciones (cfr. arts. 5.2 y 10.1 LODA.).

El régimen interno de las asociaciones se determina por lo establecido “*en sus propios Estatutos, siempre que no estén en contradicción con las normas*” de la LODA (art. 11.2 LODA.). En ellos, entre otras cuestiones, ha de señalarse la denominación de la asociación, su domicilio, ámbito territorial de actividades, fines, requisitos y modalidades de admisión y baja, derechos y obligaciones de los asociados, órganos de gobierno y representación, patrimonio inicial y recursos económicos o causas de extinción.

“*La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la Asociación*” (art. 11.3 LODA.). Además, debe existir un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la Asociación –normalmente, la Junta Directiva– (cfr. art. 11 LODA.). Junto a estos órganos obligatorios, los Estatutos pueden contener otros –tales como el Presidente o el Secretario– (cfr. art. 12 LODA.).

Por último, las asociaciones se extinguen: por las causas establecidas en sus Estatutos, por voluntad de los socios, por sentencia penal y por las causas determinadas en el art. 39 Cc. –expiración del plazo, realización del fin o imposibilidad de consecución– (cfr. art. 17 LODA.). Tras ello se abre un período de liquidación, hasta cuyo fin “*la entidad conservará su personalidad jurídica*” (art. 15.1 LODA.).

## **5.6 Las fundaciones**

Las principales normas a tener en cuenta en esta materia son la Ley 50/2002, de Fundaciones y la Ley gallega 12/2006, de Fundaciones de interés gallego.

Al ser la esencia de las fundaciones un patrimonio afecto a un fin –que ha de ser potencialmente general, desinteresado y beneficioso para la comunidad–, una vez constituida, su existencia y régimen depende únicamente de la permanencia del fin

asignado y no de la voluntad de personas físicas o jurídicas. Para el cumplimiento de ese fin es precisa la existencia de un patrimonio inicial, denominado dotación, que “*podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase*” (art. 12.1 LF.). Al ser necesariamente limitado ese patrimonio, los rendimientos que genere, los donativos, así como la posible obtención de ingresos por sus actividades, constituirán los medios con que contará la Fundación para cumplir de manera continuada en el tiempo la finalidad para la que se creó (cfr. art. 26 LF.).

La creación de las fundaciones se lleva a cabo mediante un negocio jurídico de carácter gratuito, *inter vivos* –en escritura pública– o *mortis causa* –en testamento–, en el que el fundador –persona física o jurídica– establece un patrimonio y le asigna un fin, mostrando así su voluntad de constituir la fundación (cfr. arts. 8 y 9 LF.). Para que adquiera personalidad jurídica es precisa su inscripción en el Registro de Fundaciones.

El régimen interno de la Fundación se determina por lo establecido en sus Estatutos que no pueden contravenir lo establecido en la Ley de Fundaciones. Así, habrá de incluirse un órgano obligatorio de dirección y gestión –el Patronato– que será controlado por la Administración Pública por medio del Protectorado (cfr. arts. 14, 15 y 34 LF.)

Las Fundaciones están obligadas a destinar efectivamente el patrimonio y sus rentas a los fines fundacionales. Si en algún momento una fundación es incapaz de alcanzar por sí misma los fines para los que se creó puede ser requerida por el Protectorado para que se fusione con otra de análogos objetivos. En cambio si hay imposibilidad de realizar el fin fundacional se extinguirá. Además, también se extinguirá si transcurre el plazo para el que se fundó, si tienen lugar las causas previstas por los Estatutos o si así se establece por resolución judicial (cfr. art. 32 LF.). Tras la extinción –salvo en el caso de fusión– se abrirá un procedimiento de liquidación de la Fundación.

**ANTONIO LEGERÉN**

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**



## **Bibliografía**

- ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, tomo I, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1996.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.
- RAMOS CHAPARRO E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1995.
- HOYOS CASTAÑEDA I., *El concepto jurídico de la persona*, Pamplona, Eunsa, 1989.
- HERVADA XIBERTÁ, X., "Concepto jurídico y concepto filosófico de persona", *La Ley* 1981-1.
- GORDILLO CAÑAS A., *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, Tecnos, 1986.
- DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, L., *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2004.
- ALBALADEJO, M., "Desde el instante en que nace, todo niño es persona, e inscribible en el Registro", *Revista de Derecho Privado*, 1997.
- ANGOITIA GOROSTIAGA V., *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos*, Madrid, Marcial, Pons, 1996
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad", *Anuario de Derecho Civil*, 1992.
- LACRUZ BERDEJO ET ALII, *Elementos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, 2ª edición revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVARRÍA, Madrid, Dykinson, 2000.
- PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Madrid, 1988.
- LINACERO DE LA FUENTE, M., *Protección jurídica del menor*, Madrid, Montecorvo, 2001.
- GETE-ALONSO Y CALERA, C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1992.
- CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, Tecnos, 1993.
- DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Madrid, Civitas, 1981.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la jurisprudencia*, 4ª ed., Madrid, Estudios de Deusto, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Los tipos de entes públicos en el Derecho español", en VVAA., *Estudios de Castro*, 1.
- DE SALAS MURILLO, S., *Las asociaciones sin ánimo de lucro en el derecho español*, Madrid, 1999.
- GONZÁLEZ PÉREZ Y FERNÁNDEZ FARRERES, *Derecho de asociación. Comentarios a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo*, Madrid, 2002.



## **TEMA 6**

# **EL NEGOCIO JURÍDICO. LOS CONTRATOS. ELEMENTOS: CONSENTIMIENTO, OBJETO, CAUSA Y FORMA**

## **TEMA 6. EL NEGOCIO JURÍDICO. LOS CONTRATOS. ELEMENTOS: CONSENTIMIENTO, OBJETO, CAUSA Y FORMA**

### **1. EL NEGOCIO JURÍDICO**

El negocio jurídico es la declaración o acuerdo de voluntades con que los particulares se proponen conseguir un resultado que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos (De Castro). La clásica definición expuesta contiene el núcleo esencial de esta categoría jurídica que, a diferencia de lo que acontece en otros ordenamientos jurídicos, no está regulada como tal en el Derecho español. Este núcleo viene constituido por la propia declaración de voluntad o acuerdo de voluntades del o de los sujetos otorgantes del negocio (según si es unilateral o bilateral), a la que el Derecho le confiere la capacidad de producir por sí misma o acompañada de otros hechos o actos (forma determinada; cumplimiento de requisitos legales; *condictio iuris*, etc.) efectos jurídicos plenos.

El principio de autonomía privada es el fundamento del negocio jurídico. Dicho principio legitima que los particulares establezcan, dentro de los límites del ordenamiento jurídico (en nuestro Derecho expresados en el artículos 6.3 y 1255 CC, con carácter general), los cauces propicios para regular sus intereses, que sean dignos de tutela. A tal fin, los particulares pueden realizar negocios jurídicos que tengan por conveniente y dotarlos del contenido más oportuno para la consecución de sus intereses, con sujeción a los límites marcados. Es la capacidad de autorregulación o autonormación en la esfera del orden privado.

La categoría del negocio jurídico abarca figuras diversas, todas ellas de gran trascendencia para el Derecho. Una suerte de breve clasificación podría ser la siguiente:

- *Negocios jurídicos patrimoniales y no patrimoniales*, atendiendo a si inciden o no en las relaciones económicas o en el patrimonio del individuo.
- *Negocios jurídicos unilaterales* (testamento), *bilaterales* (contrato y matrimonio) y *plurilaterales* (contratos asociativos), teniendo en cuenta los sujetos participantes en el mismo.

- *Negocios jurídicos típicos y atípicos*, según si son regulados o no por el ordenamiento jurídico en cuestión.
- *Negocios jurídicos mortis causa e inter vivos*. En los primeros, la causa del negocio es la de regular el destino de los bienes o relaciones jurídicas para después de la muerte del otorgante (ej: testamento), siendo que los segundos no responden a esa causa.

## **2. LOS CONTRATOS**

### **2.1 Concepto**

Dentro de la categoría general del negocio jurídico destaca sobremanera el contrato, no sólo por su relevancia jurídica sino también por su importancia económica o patrimonial, ya que nuestra economía se basa fundamentalmente en el intercambio de bienes y servicios. Precisamente a esta idea responde el contrato, como instrumento jurídico. El contrato es un acuerdo celebrado entre dos o más personas en virtud del cual éstas se comprometen a entregar, hacer o no hacer algo en beneficio o interés de las otras. O, como dice el artículo 1254 CC, el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.

Según el artículo 1089 CC, las obligaciones nacen de los contratos, esto es, generan vínculos jurídicos entre los sujetos que lo otorgan, de carácter patrimonial. Tales obligaciones tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y tienen que cumplirse a tenor de los mismos.

El fundamento del contrato, como el del negocio jurídico, es el principio de autonomía privada, que ya en este ámbito se conoce como libertad contractual. El artículo 1255 CC, precisamente en sede de contratos, establece la posibilidad de que los contratantes establezcan los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que lo hagan dentro de los límites que el propio precepto señala: la ley, el orden público y la moral. Ya se dijo que, sobre la base del principio de autonomía privada, los particulares pueden realizar los contratos que tengan por conveniente y dotarlos del contenido más oportuno para la consecución de sus intereses, con sujeción a los límites marcados. En el establecimiento del contenido contractual, las partes pueden someterse a

la regulación prefijada que para algunos contratos disponen el CC o las leyes especiales o alterar ese contenido o no ajustarse en absoluto al que está reglamentado legalmente. En el ejercicio de la libertad contractual, los límites marcados por la ley se han incrementado notablemente y el margen al contratante en ciertos ámbitos decrece en la misma medida. La reducción de la operatividad de la autonomía contractual responde a un intervencionismo estatal cada vez mayor (seguido de una hiperproducción legislativa) que se justifica en la protección de ciertos intereses, públicos o privados. Es significativo, por ejemplo, el estrecho margen, en estos términos, del contrato realizado con consumidores.

## **2.2 Clases**

### **a) Contratos típicos y atípicos**

Los contratos típicos son los que se regulan en la ley, ya sea en el CC o en leyes especiales (vgr. la compraventa, la fianza, el mandato, el seguro, el aparcamiento de vehículos, etc.). El concepto de contrato típico se vincula a la exigencia de que la regulación a la que nos referimos sea relevante o sustancial; no será típico en este sentido el contrato que se menciona en la ley pero que no se regula propiamente (el caso paradigmático en nuestro ordenamiento jurídico es el contrato de leasing).

Son contratos atípicos los contratos que carecen de regulación específica, pero que son plenamente válidos y eficaces a tenor del citado principio de libertad contractual. En estos casos, para determinar su contenido y efectos habrá que acudir a los pactos y cláusulas establecidos por los contratantes, a las reglas generales de los contratos (del CC y del CCo) y, en ocasiones, a las normas de otros tipos contractuales similares que pueden ser aplicables por analogía. Ello ocurre sobre todo en los casos de los denominados contratos mixtos, que toman o combinan obligaciones de diferentes contratos típicos.

### **b) Contratos consensuales, formales y reales**

Por regla general, los contratos en nuestro Derecho son consensuales, en tanto que para su perfección no necesitan sino el mero consentimiento de las partes. Ejemplos de contratos consensuales son la compraventa, arrendamiento, la sociedad, etc.

Como se verá al analizar la forma del contrato, en ocasiones el ordenamiento jurídico exige una forma determinada en la prestación del consentimiento o una documentación

especial del contrato. Las razones son variadas y se verán en el epígrafe correspondiente. En todo caso, la noción del contrato formal es más restringida, ya que a él se hace referencia cuando la exigencia de una forma determinada (escrita; escritura pública, etc.) es condición para la validez del negocio. La donación de bienes inmuebles, el contrato de edición y algunos contratos con consumidores son, entre otros, ejemplos de contratos formales.

El contrato es real cuando para su perfección se exige, además del consentimiento contractual, la entrega de una cosa. Ejemplo de estos contratos son el préstamo y el depósito.

### **c) Contratos onerosos, gratuitos y remuneratorios**

En atención a la causa de los contratos, a la que luego se aludirá, los contratos pueden ser onerosos, gratuitos y remuneratorios. Son onerosos cuando el beneficio que espera obtener una parte mediante su cumplimiento es consecuencia o a cambio de un propio sacrificio previo, simultáneo o posterior en el tiempo (BERCOVITZ). Dentro de los onerosos está la categoría de los sinalagmáticos, que dan lugar a obligaciones recíprocas.

Los contratos a título gratuito, en cambio, se singularizan porque el beneficio que se espera obtener no tiene sacrificio correspondiente, siendo que una de las partes se enriquece y otra se empobrece patrimonialmente. Donación, mandato, mutuo y depósito son ejemplos de contratos a título gratuito (aunque en estos últimos casos el CC los configura como contratos naturalmente gratuitos –no esencialmente gratuitos- y cabe la previsión en contra).

Los contratos remuneratorios se caracterizan porque el beneficio que obtiene una parte está compensado por algún sacrificio, de menor relevancia. La donación remuneratoria es ejemplo paradigmático de este grupo.

### **d) Contratos conmutativos y aleatorios**

En los contratos conmutativos la relación existente entre los beneficios y los sacrificios que las partes asumen aparece determinada desde el principio. Ello es compatible con que la alteración de las circunstancias provoque fluctuaciones o cambios en la economía interna del contrato. Sin embargo, en los contratos aleatorios aquella relación depende de

algún hecho incierto o desconocido por las partes o imprevisible; al respecto, el CC lo define diciendo que por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas recíprocamente, se obligan a dar o a hacer para el caso de un acontecimiento incierto, o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado (artículo 1790 CC). En esta categoría entran, entre otros, el seguro, el juego o apuesta o la renta vitalicia.

### **e) Contratos unilaterales, bilaterales y plurilaterales**

Si se atiende al número de partes que celebran el contrato, el contrato es siempre bilateral (o plurilateral), ya que por lo menos serán necesarias dos partes. Pero en la clasificación que ahora se enuncia el criterio que subyace no es tanto el número de partes que intervienen en el mismo cuanto el tipo de obligaciones que genera el contrato. En este sentido, si el contrato produce obligaciones para las dos partes se habla de contratos bilaterales (ej.: compraventa; arrendamiento; seguro...); si, en cambio, sólo una de las partes queda obligada estamos ante los contratos unilaterales (donación).

Los contratos plurilaterales son aquellos en los que el consentimiento contractual se constituye por la confluencia de varios consentimientos (contratos asociativos).

### **f) Contratos con condiciones generales y contratos con cláusulas predispuestas**

La Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones generales de la contratación (LCGC) regula actualmente la denominada contratación estandarizada o con condiciones generales, que se ha generalizado actualmente en ciertos tipos contractuales. Y así el artículo 1 de la citada Ley define las condiciones generales como *las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*. Frente a la configuración tradicional del contrato como negociación entre partes (iguales), se plantea la estandarización o contratación en masa como una solución de eficiencia y racionalización del proceso en determinadas hipótesis (empresas con sus clientes, por ejemplo, sean estos consumidores o no). En casos de contratación con condiciones generales, la ley impone requisitos añadidos de transparencia y claridad para controlar, especialmente, que las cláusulas se incorporan al contrato.

Cercano a la idea de condiciones generales es el contrato con cláusulas predispuestas o cláusulas no negociadas individualmente. En este caso, son contratos con estipulaciones o cláusulas contractuales predispuestas por el empresario o profesional –esto es, previa elaboración de la cláusula o estipulación para integrarse en el contrato- e impuestas al consumidor -no puede haber sido negociada individualmente-; no se requiere, en cambio, que hayan sido redactadas con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos. El artículo 80 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (RDLeg 1/2007) establece como requisitos de estas cláusulas:

*a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.*

*b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.*

*c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.*

## **2.3 Eficacia e ineficacia del contrato**

### **a) Eficacia contractual: condiciones**

Como ya se vio, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de las mismas. La eficacia del contrato consiste en la obligación de las partes a cumplir las respectivas prestaciones y las demás condiciones o pactos contenidos en él.

Para que el contrato sea eficaz ha de haberse perfeccionado. La perfección del contrato determina el nacimiento de la relación obligatoria. Antes de tal momento, podrán existir entre las partes negociaciones o tratos preliminares preparatorios del contrato, en los que aquéllas están obligadas a actuar de buena fe (so pena de incurrir en

responsabilidad precontractual). Tras la perfección del contrato, las partes quedan vinculadas por el contrato, en los términos y con el alcance que luego se dirá.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1258 CC *los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento*, aunque la ley, en determinadas hipótesis (contratos reales y formales) exige el cumplimiento de otros requisitos. De acuerdo con el artículo 1262 CC, el consentimiento se manifiesta, por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato. La oferta y la aceptación constituyen las respectivas declaraciones de voluntad de los contratantes en las que se manifiestan la intención de obligarse. El momento en el que se produce el concurso entre la oferta y la aceptación puede provocar algunas dudas o problemas sobre todo en los contratos entre ausentes (por ejemplo en el caso de la contratación electrónica o la producida por cualquier otro medio de comunicación que permita la manifestación del consentimiento de las partes). Actualmente, tras la reforma del artículo 1262 CC, la regla general que se aplica (regla de la cognición atemperada o de la cognoscibilidad) establece que el contrato se entenderá perfeccionado cuando el oferente conozca la aceptación o, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda desconocerla sin faltar a la buena fe.

El contrato despliega sus efectos desde el instante que se perfecciona, salvo que las partes o la ley establezcan condiciones o plazos que modifiquen o retrasen la eficacia normal del contrato. Se trata de los denominados elementos accesorios del contrato, que generalmente, afectan no a la perfección del mismo sino a su eficacia; ya para retrasarla hasta que se cumpla la condición o el término (en caso de que se configuren como suspensivos), ya para producir la terminación de sus efectos cuando tales eventos se producen (si se configuran como resolutorios).

#### **b) Eficacia contractual: alcance**

La relación jurídica que establece el contrato se produce entre las partes que lo otorgan y sus herederos (artículo 1257 CC). El contrato determina un vínculo jurídico que reglamenta los intereses de las partes según su voluntad y respetando los límites de la autonomía privada. El principio *pacta sunt servanda* implica que lo que se ha pactado debe ser respetado, debe producir los efectos que le son propios. Dicho vínculo no puede ser alterado salvo que las propias partes de común acuerdo decidan modificarlo o extinguirlo.



Lo que no cabe es que la validez y el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 CC).

La eficacia del contrato se proyecta al contenido del contrato (a lo pactado) pero también a las todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (artículo 1258 CC). En atención a esta circunstancia, se suele distinguir así una eficacia negocial típica (la querida por los contratantes) de una eficacia legal (la que se impone por ministerio de la ley).

Los efectos del contrato sólo se producen entre las partes que lo han otorgado y sus herederos, como sucesores *mortis causa* de las partes (y, en su caso, los causahabientes a título particular); en principio, los terceros quedan al margen de tales efectos (artículo 1.257.II CC). Es lo que se conoce como la eficacia relativa de los contratos y que determina que el contrato no puede ser, en principio, fuente derechos ni de obligaciones para un tercero, salvo que consienta en obligarse. Por eso el artículo 1259 CC dice que el contrato a nombre de una persona por quien no tiene legitimación para representarla es nulo, quedando únicamente obligada la persona a cuyo nombre se hubiera otorgado si lo ratifica expresa o tácitamente.

De todas maneras este principio ha de puntualizarse. En primer lugar, porque los terceros, aunque no se vean vinculados por los contratos, sí resultan afectados (eficacia refleja del contrato). Como ha señalado jurisprudencia reiterada, el principio de relatividad no impide que los contratos tengan eficacia indirecta, refleja o mediata para los terceros que han de respetar situaciones jurídicas creadas. Se habla, entonces y en este sentido, de la oponibilidad de los contratos frente a terceros y del deber de respeto de éstos para con la situación creada por el contrato.

En segundo término, el principio de relatividad se ha de puntualizar porque es posible que el contrato vincule a un tercero directamente, incidiendo en su esfera jurídica. Y es que el propio artículo 1257 CC que consagra, como vimos, la vinculación de los contratos a las partes que los otorgan y sus herederos, permite la estipulación a favor de un tercero: “Sin embargo, si el contrato contuviera alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada”. Ejemplos paradigmáticos de contratos a favor

de tercero pueden ser el seguro, la renta vitalicia o el contrato de alimentos.

### **c) Ineficacia contractual**

Puede ocurrir que el contrato, por causas diferentes, no produzca efectos. Estamos ante la denominada ineficacia contractual, que abarca las hipótesis de invalidez contractual –cuando el vicio es intrínseco al negocio (defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud)- como las de ineficacia, en sentido estricto –cuando por otra razón el negocio no produce efectos, por circunstancias extrínsecas, incluso por un no querer de las partes-. En concreto, las siguientes son las hipótesis más relevantes de ineficacia contractual:

- *Nulidad de pleno derecho*: Es la sanción más grave, pero también constituye el régimen general de invalidez, ex artículo 6.3 CC. Significa que el contrato no produce ningún efecto en absoluto. La nulidad es de raíz y *ope legis*, por lo que puede declararse de oficio por el juez, sin necesidad de ser alegada por las partes. Se produce cuando el contrato carece de alguno de sus elementos esenciales o cuando contraviene los límites del artículo 1255 CC.
- *Nulidad parcial*. En determinados contratos (y otros negocios jurídicos), la nulidad parcial es la sanción tipo para las cláusulas, condiciones o estipulaciones contractuales que contravienen lo preceptuado en la ley. En estos casos, la nulidad de pleno derecho de una cláusula no ha de comportar la nulidad del contrato en que se encuentre y ello porque otra solución sería contraria al principio de conservación de los contratos y, para los contratos con consumidores, al principio de protección del consumidor.
- *Anulabilidad*: Es un régimen especial de invalidez contractual (si lo comparamos con la nulidad de pleno derecho) que la ley dispone para determinados casos de contravención de la ley y para la omisión de ciertos requisitos, generalmente para proteger a una de las partes del contrato. Frente a la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad se caracteriza por las siguientes notas: a) representa una facultad potestativa de una de las partes contractuales; b) es una nulidad apreciable a instancia de parte; c) la legitimación en la acción se ve restringida a los titulares de los intereses protegidos por la norma concreta; d) cabe la renuncia a la acción y se limita el plazo de su ejercicio (en términos generales, plazo de caducidad).

- *Otras formas de ineficacia*: Al margen de la invalidez contractual están otras hipótesis en las que el contrato no produce efectos por causas diversas, tipificadas en la ley. Se trata de contratos válidos pero que por la concurrencia de alguna circunstancia su eficacia puede ser impugnada. La *resolución contractual* posibilita la desvinculación de las partes del contrato, a instancia de uno de los contratantes, cuando se produce un incumplimiento resolutorio en los contratos con obligaciones recíprocas. La *rescisión contractual*, de carácter restrictivo, se produce en los casos establecidos en la ley (artículos 1290 y ss. CC). El *desistimiento* es una forma más restringida de ineficacia en la que una de las partes puede revocar el contrato por determinadas causas establecidas en la ley o, incluso, sin alegar justificación en ciertas hipótesis (más extendida en los contratos con consumidores). Cabe, obviamente, *el mutuo disenso*: las partes pueden convenir dejar sin efecto lo acordado.

### **3. ELEMENTOS: CONSENTIMIENTO, OBJETO, CAUSA Y FORMA**

Según el artículo 1261 CC:

*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

*1º Consentimiento de los contratantes.*

*2º Objeto cierto que sea materia del contrato.*

*3º Causa de la obligación que se establezca.*

Se enumeran en la norma citada los requisitos esenciales para la validez de los contratos; dicho en otras palabras, se establece cuáles son los elementos necesarios sin los cuales el contrato no será válido y, en general, no producirá efecto alguno.

A los tres elementos señalados (consentimiento, objeto y causa) hay que añadir otro (forma), que será esencial o necesario en términos de validez, sólo en determinadas hipótesis. La regla general en nuestro Derecho contractual es la libertad de forma, por lo que la exigencia de una forma determinada normalmente no interfiere en la validez del contrato, aunque sí puede determinar efectos diversos para el contrato. Lo dicho se desprende de los artículos 1261 y 1278 y 1279 CC.

### **3.1 El consentimiento contractual**

El consentimiento contractual se forma con la conjunción de las declaraciones de voluntad libres y conscientes de cada contratante sobre el objeto y la causa del contrato. En realidad, el contrato nace (y se perfecciona, por regla general) desde que existe consentimiento contractual de las partes acerca del objeto y la causa del contrato: es lo que el CC señala cuando dice que el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

El consentimiento contractual válido, por regla general, es el se otorga libre y conscientemente (sin vicios del consentimiento: artículos 1265 y ss. CC) por persona capaz para contratar.

#### **a) Capacidad contractual**

Acerca de la capacidad contractual (la capacidad para prestar consentimiento contractual con efectos plenos), el artículo 1263 CC dice que no pueden prestar consentimiento: 1º los menores no emancipados; 2º los incapacitados.

*A contrario*, y en términos generales, la capacidad contractual en el CC se equipara a la capacidad de obrar general; la que tiene el mayor de edad no incapacitado (artículo 322 CC). Pero para el menor emancipado y el menor que haya obtenido el beneficio de la mayor edad, el artículo 323 CC establece que no podrán *tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador*.

No obstante, la regla anterior tiene algunas excepciones, ya que existen hipótesis de capacidad contractual fuera de los estrechos márgenes del artículo 1263 CC. Son los casos de ciertos contratos realizados por menores (artículos 162.1º y 164.3º CC, por ejemplo) o los supuestos de los contratos realizados por la persona incapacitada sometida a curatela, en los términos permitidos por la sentencia de incapacitación.

Por otra parte, los sujetos a los que se refiere el artículo 1263 CC no son los únicos que tienen limitada su capacidad para contratar. Así, la persona con discapacidad no incapacitada, si no puede emitir una declaración de voluntad libre y consciente I sobre el

objeto y causa del contrato, por carecer de capacidad natural en el momento de su emisión, no podrá contratar. Asimismo el declarado ausente (artículo 185 CC) y el concursado en el proceso que regula la Ley concursal (artículo 40 LC) están sujetos a importantes limitaciones de su capacidad de obrar.

Hay que tener en cuenta que los contratos celebrados por personas que carecen de capacidad contractual serán anulables, siendo que el plazo de los cuatro años de caducidad de la acción se computará desde que el sujeto saliere de la tutela o patria potestad, en su caso (artículo 1301 CC). No así los contratos celebrados con ausencia absoluta de consentimiento o carencia absoluta de capacidad natural, que serán nulos de pleno derecho.

Al lado de la capacidad para contratar hay que hacer referencia a las prohibiciones para contratar, a las que alude el artículo 1264 CC. Son hipótesis en las que la ley prohíbe a determinados contratantes la realización de ciertos contratos y han de ser de aplicación restrictiva. Son las del artículo 1459 CC; 221.2º y 3º, 1677 CC y artículo 29 LH.

## **b) Inexistencia de vicios del consentimiento**

De conformidad con el artículo 1265 CC *será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*; ello daría lugar a la invalidez del contrato y a la anulabilidad del mismo, según las reglas de los artículos 1300 y ss. CC. En estos casos, el plazo de cuatro años de la acción de anulabilidad comenzará a correr: en los casos de intimidación o violencia, desde el día en que éstas hubieran cesado; en los casos de error o dolo, desde la consumación del contrato.

El *error* es la defectuosa representación por el contratante sobre el objeto del contrato o sus condiciones esenciales. Para que el error invalide el consentimiento, según el artículo 1266 CC, deberá recaer *sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. Si el error afectase a la persona, éste sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo. El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.*

Además, para que el error invalide el contrato ha de ser inexcusable. Ello significa que quien lo padece ha de haber aplicado la diligencia exigible para informarse de las

condiciones y circunstancias del contrato y, aún así, permanece en el error. En la valoración de la diligencia exigible se tendrá en cuenta, entre otros extremos, las circunstancias personales de la víctima del error (su condición de experto o profesional) y del otro contratante.

La *violencia* es la fuerza irresistible que se aplica sobre la persona del contratante con el fin de que otorgue consentimiento o lo haga en un sentido determinado. La violencia puede ser empleada por el otro contratante o también por un tercero que no intervenga en el contrato ya que según el artículo 1268 CC *la violencia o intimidación anularán la obligación, aunque se hayan empleado por un tercero que no intervenga en el contrato*.

Hay *intimidación* cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes (artículo 1267 CC). Queda excluido el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto pues según el citado artículo ello no anulará el contrato. La intimidación puede partir, como la violencia, del otro contratante o de un tercero ajeno al contrato. En su determinación hay que atender, por mandato legal, a la edad y condición de la persona.

Habrá *dolo* cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas no hubiera hecho (artículo 1269 CC). El artículo 1270 CC exige que para invalidar el consentimiento, el dolo sea grave y unilateral, es decir, que no sea empleado por ambos contratantes. El dolo incidental, el que no reviste la gravedad necesaria, sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios que como consecuencia de él haya sufrido el que ha sido engañado.

### **c) La autocontratación**

Se ha señalado que el consentimiento contractual se forma con el concurso de los consentimientos contractuales acerca del objeto y la causa del contrato. Ello viene a presuponer la exigencia de que existan dos o más partes para su formación. En este ámbito se cuestiona si es posible la denominada autocontratación, esto es, la hipótesis en la que la declaración de voluntad contractual se forma con el consentimiento contractual de una sola persona que interviene de una parte en nombre propio y, por otra, como

representante de otro sujeto (lo mismo en el caso de que el mismo sujeto actúe en representación de dos contratantes).

El ordenamiento jurídico español no contiene reglas generales para estos casos, aunque existen normas específicas que prohíben a los representantes celebrar actos jurídicos con sus representados, cuando dicha celebración suponga un conflicto de intereses (así, artículos 163, 221, 1459.1º y 2º CC) y también alguna otra que permite expresamente la autocontratación (artículo 28 de la Ley 50/2002, de 26 diciembre, de Fundaciones). En general, la doctrina y la jurisprudencia actuales entienden que la autocontratación es válida en el Derecho español en determinadas hipótesis: a) cuando el representado acepte, autorice o ratifique antes o después (ya sea expresa o tácitamente) el autocontrato; b) cuando no exista conflicto de intereses entre representante y representado.

### **3.2 El objeto del contrato**

El objeto del contrato son las prestaciones sobre las que se contrata, o, desde otra perspectiva, las cosas y servicios regulados en él. A las cosas y los servicios se refieren los artículos 1271 a 1273 CC que hablan de cosas y servicios como realidades materiales sobre las que pueden recaer las obligaciones o las prestaciones de los contratantes.

Según las normas citadas, el objeto del contrato debe cumplir ciertos requisitos: a) el objeto ha de ser posible; b) ha de ser lícito; c) ha de ser cierto y estar determinado o ser determinable; d) ha de ser económicamente evaluable (la patrimonialidad): no tanto el objeto en sí cuanto su incumplimiento.

Con respecto a la *posibilidad*, el artículo 1272 CC dice que no podrán ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles. Así la imposibilidad física o material de entregar la cosa o ejecutar el servicio pactado la hace inhábil para constituir objeto del contrato. La imposibilidad puede darse en el momento de celebrarse el contrato (imposibilidad originaria) o en un momento posterior (imposibilidad sobrevenida). Sólo la primera afecta a la validez del contrato; la sobrevenida tiene relevancia a los efectos del incumplimiento contractual

La *licitud* se consagra en el artículo 1271 CC. En particular, el artículo 1271.I CC dice que pueden ser objeto del contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los



hombres. Éstas son las que no pueden ser apropiables (bienes de dominio público: artículo 339 CC; determinadas cosas comunes *extra commercium* (la luz o la atmósfera) y los bienes extrapatrimoniales (ej.: bienes de la personalidad). Por lo que se refiere a los servicios, el propio artículo 1271.III CC dice que pueden ser objeto del contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

El objeto del contrato ha de ser *cierto* (artículo 1261.2º CC) y debe estar determinado en el momento de su perfección, o ser determinable, en el sentido de que cabe su determinación posterior sin necesidad de nuevo pacto entre las partes (artículo 1273 CC).

### **3.3 La causa del contrato**

#### **a) Concepto**

Aunque no resulta pacífica en la doctrina la definición de este elemento, se puede decir que la causa del contrato es el fin o resultado típico, común y exteriorizado que persiguen las partes. Frente a concepciones objetivas (la causa es la función económico-social del contrato) o subjetivas (son los propósitos o fines específicos que lleva a las partes a otorgar el contrato), la teoría actual con más acogida, también por la jurisprudencia, presenta a la causa como elemento dual que responde al fin típico del contrato pero también a la función económico-social concreta querida por los contratantes al celebrar el contrato. Por ello, se entiende incorporada a la causa del contrato la denominada causa concreta; los motivos que llevan a las partes a contratar son jurídicamente relevantes y quedarán incorporados a la causa debiendo concurrir dos requisitos: que ese motivo sea el origen o la razón de la celebración de contrato, que el motivo sea común por ambas partes y que sea exteriorizado.

La causa es elemento imprescindible en la formación del contrato (sobre él debe confluir el consentimiento contractual). Pero su existencia ha de prolongarse hasta la fase de ejecución del contrato; es lo que se conoce como la "continuada influencia de la causa". Las hipótesis de desaparición total o parcial de la causa tras la celebración del contrato son tratadas en nuestro Derecho a través de la tesis de la modificación sobrevinida de las circunstancias y de la cláusula *rebus sic stantibus*, de aplicación muy restringida, que llevaría a fundamentar en ciertos casos la resolución del negocio jurídico.

A la causa le dedica el CC algunos preceptos. El artículo 1274 CC señala qué es la



causa en cada uno de los tres tipos contractuales que se mencionan: en los contratos onerosos, el elemento causal consiste, para cada contratante, en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los gratuitos, la liberalidad del donante; y en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera. El artículo 1275 CC establece la necesidad de su existencia y licitud ("los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno"), explicando que la causa es ilícita cuando se opone a las leyes o a la moral. El artículo 1276 CC establece que el contrato que exprese una causa falsa también será nulo, salvo que se pruebe que existe otra causa verdadera y lícita. Finalmente, el artículo 1277 CC presume que la causa existe y es lícita, siempre que no se pruebe lo contrario.

### **b) Requisitos de la causa**

La causa debe existir, ser lícita y verdadera. El artículo 1261.3º CC prescribe que todo contrato ha de tener su causa; en otro caso, el contrato no producirá ningún efecto (artículo 1275 CC). Los casos de inexistencia de causa son la simulación absoluta y relativa (no hay causa en absoluto o hay otra sobre la que no se consintió); los contratos celebrados en fraude de ley y los supuestos de error obstativo de los contratantes sobre la causa. Contratos sin causa son también los denominados contratos abstractos, que funcionan con independencia del elemento causal y que son perfectamente legítimos en otros ordenamientos jurídicos. De todas maneras, no hay que confundir la inexistencia de causa con la causa no expresada; hay que tener en cuenta que el artículo 1277 CC presume la existencia de la causa.

En segundo lugar, la causa debe ser lícita; los contratos con causa ilícita no producen efecto alguno (artículo 1275 CC). En este caso, es claro que la licitud de la causa se predica de la causa concreta del negocio, esto es, del fin que los contratantes han querido en el negocio. Dicho fin no puede ser contrario o incompatible con las leyes y la moral. La ilicitud debe ser probada, ya que de la causa no sólo se presume su existencia sino también su licitud (artículo 1277 CC). Entre otros supuestos de causa ilícita, la jurisprudencia ha sancionado: la fijación de intereses excesivos, privación de derechos al cónyuge supérstite, contratos celebrados a perpetuidad, etc.

En tercer lugar, la causa debe ser verdadera. Dice el artículo 1276 CC que la expresión

de una causa falsa provocará la nulidad del contrato, salvo que se acredite que existe otra causa lícita y verdadera.

### **3.4 La forma del contrato**

La forma, entendida como medio de exteriorización de la declaración de voluntad que de una manera predeterminada y concreta exige la ley o la voluntad de las partes en algunos casos, cumple tradicionalmente varias funciones que responden, además, a los tipos de forma que se contemplan en nuestro sistema. Conforme al valor de las formalidades se distingue, siguiendo a la doctrina tradicional: a) valor constitutivo (*ad substantiam*): la forma da lugar al negocio y basta la forma para que exista, sin necesidad de otro requisito; b) valor integrativo (*ad solemnitatem*): la forma es requisito que se exige al lado de los demás esenciales del negocio; si ella falta el negocio será nulo o ineficaz; c) valor de publicidad, que implica su eficacia general o respecto de terceros; d) mayor valor relativo, o respecto de los negocios carentes de solemnidad (así, clasificación de los créditos); e) valor probatorio (*ad probationem*), que se puede manifestar positivamente (único medio de prueba admitido) o negativamente (excluyendo ciertos medios).

En cualquier caso, el principio en nuestro sistema es el de libertad de forma. El contrato es válido desde que existe consentimiento contractual sobre el objeto y la causa (consensualismo), sin que sea necesario ningún otro requisito adicional para su validez y eficacia. La forma concreta que revista el negocio, y que en ocasiones se exige, no cumple la función de elemento esencial (artículos 1278 y 1279 CC), sino las que se han relacionado arriba: publicidad y valor probatorio.

La excepción a lo señalado son los contratos formales, en los que la forma se constituye como un elemento esencial, siendo que su ausencia o defecto produce la invalidez del negocio (generalmente, la nulidad de pleno derecho, aunque a veces la sanción es la anulabilidad). Como ya se vio al hablar de las clases de contratos, en el CC los contratos en los que la forma responde a una función constitutiva o integrativa son escasos (donación de bienes inmuebles). En la legislación especial destaca el contrato de edición, que precisa de la forma escrita.

Actualmente, las normas contractuales de consumo han devuelto cierto protagonismo

al requisito de la forma del contrato, ya que no son pocas las que exigen una forma o una documentación especial para el mismo, hasta el punto de que se advierte, sin duda, cierto renacimiento del principio formalista.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil. Derecho de obligaciones*, 12ª ed., Madrid, Edisofer, 2004; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.) *Manual de Derecho civil. Contratos*, Madrid, Bercal, 2007; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.): *Tratado de contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, T. I; CARRASCO PERERA, A.: *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2010; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, reimp., Madrid, Civitas, 1991; DE PABLO CONTRERAS, P.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.; PARRA LUCÁN, M. A.; PÉREZ ÁLVAREZ, M.: *Curso de Derecho civil (Obligaciones)*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2008; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, 6ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2007; LACRUZ BERDEJO, J. L. y otros: *Elementos de Derecho civil (Tomo II)*, 4ª ed., Madrid, Dykinson, 2009.

**NATALIA ÁLVAREZ LATA**

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

## **TEMA 1**

# **LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. LA LEY: CONCEPTO Y CLASES. DISPOSICIONES DEL EJECUTIVO CON FUERZA DE LEY: DECRETOS-LEYES Y DECRETOS LEGISLATIVOS**

## **TEMA 1. LAS FUENTES DEL DERECHO. LA LEY: CONCEPTO Y CLASES. DISPOSICIONES DEL EJECUTIVO CON FUERZA DE LEY: DECRETOS-LEYES Y DECRETOS LEGISLATIVOS**

### **I. LAS FUENTES DEL DERECHO**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, el Derecho administrativo constituye un Ordenamiento jurídico. Concretamente, el Ordenamiento jurídico administrativo es la parte del Ordenamiento jurídico general que afecta o se refiere a la Administración pública. Así, si entendemos el Ordenamiento jurídico como una realidad dinámica, es como pueden comprenderse las mutaciones que en él se producen, pero el Ordenamiento jurídico permanece en tanto permanecen sus principios. Dentro de esa unidad estructural que es el Ordenamiento coexisten una serie de fuentes del Derecho. Definir cuáles son es una función primaria del Ordenamiento. Hay pues, necesariamente, una pluralidad de fuentes, con la cual ha de constituirse, no obstante un sistema unitario, el Ordenamiento jurídico.

Se suele distinguir entre dos acepciones de la palabra fuentes del Derecho: fuentes en sentido formal, que es la concreción de la potestad de tipo normativo en determinadas instituciones, es decir, la forma que adopta una norma cuando se concreta, y fuentes en sentido material, constituida por la institución o conjunto de instituciones que tiene atribuida la potestad de crear normas jurídicas.

#### **2. LAS FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

El propio GARCÍA DE ENTERRÍA considera que hemos de partir como nota de fondo de que no existe duda en cuanto a la aplicación al Derecho administrativo del sistema general de fuentes que enuncia para todo el Derecho español el artículo 1 del Código civil; sin embargo, existen peculiaridades que justifican un tratamiento particularizado de las fuentes del derecho administrativo y que se derivan de las siguientes circunstancias:

- El Derecho administrativo es un derecho estatutario por dedicarse a los sujetos que se agrupan bajo la genérica denominación de Administración pública.

- El Derecho administrativo tiende a agotar la normativa de las materias que regula, lo que se traduce en un valor destacado de los principios generales del Derecho, la importancia esencial de las normas de carácter escrito y la importancia secundaria de las normas no escritas (la costumbre).
- La norma administrativa se caracteriza por su variabilidad y contingencia.
- La Administración pública presenta una doble condición: por un lado, es sujeto obligado el Derecho y, por otro, es a la vez sujeto investido de potestad normativa.
- La Administración pública engloba una pluralidad de entes de carácter público, constituyendo cada uno de esos entes el centro de verdaderos ordenamientos.

De lo anteriormente expuesto resulta que no se puede arbitrar un sistema de fuentes con base exclusivamente en el principio de jerarquía, sino que resulta necesario acudir también al principio de competencia, quedando ordenado dicho sistema como sigue:

- La **Constitución Española** como norma básica y fundamental.
- Los **tratados internacionales**, teniendo en cuenta que el artículo 1.5 del Código civil señala que "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado". Se diferencian dos tipos de tratados: a) los comunes u ordinarios, a los que se refiere el artículo 96 de la Constitución; b) los que suponen una cesión de soberanía, a los que se refiere el artículo 93 de la Constitución.
- El **Derecho de la Unión Europea**, cuyas normas de cabecera son el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que conforman el llamado Derecho originario, y el conjunto del Derecho derivado, en el que destacan: a) los reglamentos, de aplicación directa en los Estados miembros; b) las directivas, que en principio sólo obligan en cuanto al resultado que debe obtenerse, dejando libertad en la forma y los medios, aunque pueden llegar a adquirir efecto directo si concurren determinadas circunstancias.

- El **Ordenamiento estatal**, en el que se ordenan según el principio de jerarquía:
  - La **Ley estatal**, teniendo en cuenta que dentro del concepto de ley coexisten diferentes tipos normativos con igual rango: a) leyes ordinarias; b) leyes orgánicas, caracterizadas por estar reservadas a determinadas materias y por su procedimiento de elaboración más rígido (artículo 81 de la Constitución); c) leyes básicas, leyes marco, leyes de transferencia o delegación, leyes de armonización; d) decretos legislativos (artículos 82 y siguientes de la Constitución); e) decretos-leyes (artículo 86 de la Constitución).
  - Los **reglamentos estatales**, los cuales: a) están subordinados a la Constitución y a las leyes; y b) están, a su vez, ordenados según la jerarquía del órgano que los dicta: Reales Decretos del Presidente del Gobierno y del Consejo de Ministros, órdenes ministeriales, resoluciones de otros órganos administrativos con contenido normativo.
- El **Ordenamiento de las Comunidades autónomas**, que se relaciona con el estatal conforme al principio de competencia, y en el que hay que diferenciar las siguientes fuentes que se estructuran con base en el principio de jerarquía:
  - El **Estatuto de Autonomía**, norma básica y fundamental de cada Comunidad autónoma, que se aprueba mediante ley orgánica, aunque posee una especial rigidez que hace que no se pueda ver modificado o derogado por las leyes orgánicas normales.
  - La **Ley autonómica**, subordinada a la Constitución y al correspondiente Estatuto de Autonomía, dentro de la cual pueden existir también distintas modalidades, todas dotadas de idéntico rango (leyes dotadas de especial rigidez por requerir una mayoría cualificada para su aprobación, a las que el Estatuto de Autonomía reserva determinadas materias, decretos legislativos y decretos-leyes autonómicos).
  - Los **reglamentos autonómicos**, que están subordinados a la ley y entre sí, según la jerarquía de las autoridades con potestad para dictarlos.
- El **Ordenamiento local**, cuya norma de cabecera es la Ley 7/1985, de 2 de abril,

reguladora de las bases del régimen local, y que se desarrolla en el nivel reglamentario a través de los reglamentos y ordenanzas que aprueban las entidades locales en ejercicio de su potestad normativa, todos ellos de igual rango.

Finalmente, complementan el Ordenamiento jurídico-administrativo, al igual que ocurre en el Ordenamiento jurídico general:

- La **costumbre**, que, de acuerdo con el artículo 1.3 del Código civil, “sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada”.
- Los **principios generales del Derecho**, que, de acuerdo con el artículo 1.4 del Código civil, “se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”. De este modo, los principios generales escapan a todo orden escalonado, pues su función no es meramente supletoria, ya que entre ellos se encuentran los principios informadores, portadores del contenido necesario de las normas de Derecho, superiores y prioritarios a las normas por ellos inspiradas, a las que atribuyen unidad y coherencia sistemática, pues su función no es meramente supletoria, no sólo llenan lagunas ni se dedican a remendar la descosida trama de las leyes (DE CASTRO).

### **3. EN ESPECIAL, LA CONSTITUCIÓN COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

La Constitución pretende ordenar la génesis del derecho de dos modos: a) regulando ciertas materias de manera directa y b) determinando qué órganos y a través de qué procedimientos se regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado. La Constitución es, por tanto, una norma que regula las fuentes del Derecho o fuente de fuentes, al disciplinar, con carácter general, órganos, procedimientos, categorías normativas y principios interordinamentales e internormativos y es también fuente del Derecho o norma jurídica de aplicación directa.

La Constitución se presenta como un complejo sistemático de proposiciones normativas, un texto normativo respecto del cual cabe hacer las siguientes consideraciones:

- La concepción de la Constitución como una norma jurídica y, además, como la norma



suprema del ordenamiento. Al no existir una norma de reconocimiento (en terminología de HART) de rango superior que le atribuya naturaleza normativa, es la propia Constitución la que se autoatribuye naturaleza normativa; ello resulta de diferentes preceptos:

- Artículo 9.1 de la Constitución: “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.
- Artículo 53.1 de la Constitución: “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo 2º del presente título vinculan a todos los poderes públicos”.
- Disposición derogatoria, apartado 3: asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución”.
- La Constitución es una norma jurídica de aplicación directa, pero esa aplicabilidad directa debe matizarse debido a dos factores: a) la heterogeneidad de sus normas; b) el carácter abierto y deliberadamente indeterminado de sus preceptos.
  - Con relación a la heterogeneidad de las normas constitucionales, debe señalarse que, en efecto, no plantea duda la eficacia directa de determinadas normas completas como las normas constitucionales de organización, constitutivas de entes públicos, reguladoras del sistema de producción normativa, de reserva o atributivas de competencia o las que establecen derechos y libertades fundamentales. Sin embargo, hay dos grupos de normas que plantean dudas con relación a su eficacia directa:
    - Los valores superiores del ordenamiento jurídico, que algún autor ha calificado (SANTAMARÍA PASTOR) como normas principales y a los que el Tribunal Constitucional les ha reconocido “juridicidad” y “normatividad” operando con una “eficacia parigual a la de los principios constitucionales pero mediatizada por su mayor grado de abstracción e indeterminación”. En particular, tienen la siguiente eficacia: a) son un criterio interpretativo, es decir, indican el sentido en que deben interpretarse los derechos fundamentales y las libertades públicas, así como los principios constitucionales; b) son un criterio de constitucionalidad, es decir, establecen

el marco de referencia para el enjuiciamiento de la constitucionalidad cuando la Constitución no contiene una regulación material o deja libertad al legislador; c) expresan mandatos positivos para los poderes públicos.

- Los principios rectores de la política social y económica, cuyo reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (artículo 53.3 de la Constitución).
- Con relación al carácter abierto y deliberadamente indeterminado de sus preceptos (a través de técnicas como el “contenido esencial” o la “garantía institucional”), éste es un mecanismo para otorgar una mayor eficacia protectora (por ejemplo, la diferencia del concepto civil, administrativo o constitucional de domicilio) y configurar la Constitución como un marco de coincidencias suficientemente amplio para que, dentro de él, quepan opciones políticas de muy diverso signo, único modo, además, de hacer efectivo el valor superior del pluralismo político recogido en el artículo 1.1 de la Constitución.
- La Constitución es, además, la *lex superior*, la norma suprema de todas las que integran el Derecho positivo; de esta naturaleza se derivan las siguientes consecuencias:
  - Una consecuencia formal o la superlegalidad formal, pues la Constitución garantiza la estabilidad de sus preceptos mediante la imposición de procedimientos distintos y agravados de reforma regulados en su título X, siendo intangible, por tanto, para los procedimientos legislativos ordinarios.
  - Una consecuencia material o la superlegalidad material de la Constitución como norma de rango superior. Ello determina: a) que todos los actos y normas jurídicos deben poseer un contenido compatible con los preceptos constitucionales como requisito de validez; y b) la existencia de órganos públicos que pueden contrastar todo tipo de actos y normas con la Constitución y, en su caso, anularlos, lo que da lugar a existencia de la jurisdicción constitucional y del Tribunal Constitucional.

- En tercer lugar, funciona como parámetro interpretativo de las demás normas jurídicas, pues la interpretación de éstas ha de tener en cuenta y ser compatible con los preceptos de la Constitución. Ello, a su vez, tiene las siguientes manifestaciones:

- Es una norma integradora, una fuente de criterios y directrices, sede y albergue de principios generales del derecho que permiten al legislador cubrir lagunas que presenten las normas escritas con preferencia a cualquier otra norma.
- La interpretación conforme a la Constitución, pues los órganos judiciales, al ejercitar el derecho de comprobación, pueden apreciar que una norma admite distintas interpretaciones, unas compatibles con la Constitución y otras no; en este caso, la regla de la interpretación conforme a la Constitución obliga al operador jurídico a utilizar la interpretación ajustada a la Constitución y a rechazar las demás.
- La Constitución es el contexto sistemático, primario y preferente, en cuyo marco ha de efectuarse la interpretación de las demás normas jurídicas.

## **II. LA LEY: CONCEPTO Y CLASES**

### **1. CONCEPTO**

El concepto de ley, en el Ordenamiento jurídico español, se caracteriza por:

- Ser un concepto puramente formal, ya que son los elementos formales (órgano del que procede, procedimiento seguido para su elaboración) los determinantes para que pueda hablarse de ley y los que le otorgan la específica fuerza que de ello se deriva, la fuerza de ley; por ello, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, puede definirse la ley como “el acto publicado como tal ley en los boletines oficiales del Estado y, en su caso, de las Comunidades autónomas, que expresa un mandato normativo de los órganos que tienen constitucionalmente atribuida la potestad legislativa”.

- Ser un concepto plural, pues dentro de este concepto se integran “diferentes tipos normativos de diverso nombre y origen, que poseen idéntico valor formal, idéntica fuerza de ley”.

Teniendo esto en cuenta y considerando que el estudio del procedimiento legislativo, sanción, promulgación y publicación se hace en el Derecho constitucional, el análisis de la ley se proyecta sobre los siguientes aspectos:

- Titularidad de la potestad legislativa. La potestad legislativa corresponde en primer término a las Cortes Generales, pues la Constitución, tras señalar en el preámbulo que “la ley es la expresión de la voluntad popular”, determina en su artículo 66.2 que “las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado”. Sin embargo, la Constitución también “reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones” (artículo 2), atribuye a las Comunidades autónomas autonomía para la gestión de sus intereses (artículo 137) y habla de “asambleas legislativas” en las Comunidades autónomas (artículo 152.1), además de confiar al Tribunal Constitucional el control de las “disposiciones normativas con fuerza de ley” de las Comunidades autónomas (artículo 153.a). Estas referencias habilitan a las Comunidades autónomas para el ejercicio de la potestad legislativa según general y consolidada interpretación doctrinal y jurisprudencial; se trata de una habilitación constitucional diferida a los Estatutos, al juego del principio dispositivo, aunque, en la práctica, todas las Comunidades autónomas han asumido potestad legislativa (salvo Ceuta y Melilla).
- Contenido de la ley. El contenido de la ley es siempre un mandato normativo, ya sea general (que es lo corriente), ya singular o excepcional (leyes medida); en la determinación de este contenido, el legislador está vinculado positivamente por la Constitución, como norma básica del Ordenamiento jurídico y superior en rango, con lo que el legislador no puede contradecir los preceptos constitucionales so pena de inconstitucionalidad.

## **2. CLASES**

Los diferentes tipos normativos con rango o fuerza de ley pueden clasificarse del siguiente

modo:

- Leyes de origen parlamentario, que se subdividen en leyes estatales y autonómicas. Dentro de las primeras se distinguen:
  - Tipos básicos: leyes orgánica y leyes ordinarias.
  - Leyes estatales de integración de los subsistemas autonómicos: leyes básicas, leyes marco, leyes de transferencia o delegación, leyes de armonización.
- Normas con rango de ley producidas por el Ejecutivo: decretos-leyes y decretos legislativos.

- *Leyes orgánicas*

Las leyes orgánicas son un tipo normativo novedoso introducido por la Constitución 1978, la cual lo caracteriza en su artículo 81 con base en dos criterios:

- Uno material, al señalar en su apartado 1 que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, las que aprueben los estatutos de autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la CE”. Este último inciso da entrada a una larga y heterogénea lista de supuestos.
- Otro formal al añadir el apartado 2 que “la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

Además de esta configuración, la Constitución dedica a las leyes orgánicas otros preceptos que expresan una especial protección y una singular posición de este tipo normativo en el Ordenamiento jurídico. Así: a) en materias reservadas a ley orgánica no cabe delegación del Pleno a favor de las comisiones legislativas (artículo 75.3) ni delegación a favor del Gobierno mediante decreto legislativo (artículo 82.1); b) tampoco cabe la iniciativa legislativa popular (artículo 87.3 CE).

### - *Leyes ordinarias*

El campo propio de las leyes ordinarias viene determinado por todas aquellas materias que no se hallan expresamente reservadas a las leyes orgánicas, erigiéndose, por tanto, tales materias reservadas a la ley orgánica en el único límite a las leyes ordinarias.

Lo que sí existe en la Constitución son múltiples supuestos de reserva de ley ordinaria, es decir, materias que únicamente por normas con ese rango pueden ser reguladas.

Dentro de las leyes ordinarias hay que hacer referencia a las leyes de comisión. El artículo 75 de la Constitución, después de señalar que "Las cámaras funcionarán en Pleno y por comisiones", autoriza expresamente que el Pleno pueda delegar en éstas "la aprobación de proyectos o proposiciones de ley", sin perjuicio de "recabar en cualquier momento nuevamente el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación". De esta facultad de delegar se excluyen sólo la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los presupuestos generales del Estado.

### - *Leyes básicas*

El artículo 149.1 de la Constitución contiene una larga enumeración de materias que se reservan a la exclusiva competencia del Estado. Sin embargo, el nivel de reserva que este precepto establece sobre cada una de las materias es desigual.

Simplificando mucho las cosas -pues las variaciones son innumerables-, puede decirse que el constituyente reserva a veces al Estado una materia en bloque, lo que equivale a la atribución al Estado de la totalidad de las potestades públicas sobre la materia; en otros casos, en cambio, la asunción se limita al ejercicio de la potestad normativa sobre una materia, lo que supone la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía atribuyan a las comunidades las competencias o potestades ejecutivas o de gestión sobre la misma; y en otros, por último, la reserva al Estado se refiere exclusivamente a las "bases", las "normas básicas", el "régimen general" o la "legislación básica" de una determinada materia, con la consecuencia de la posibilidad de asunción por las Comunidades autónomas de todas las potestades públicas sobre la materia, incluso la legislativa, pero respetando dichas normas

o legislación básica.

La mención de una categoría de leyes básicas plantea como primer problema el de cuál pueda ser su contenido:

- Positivamente, la legislación básica debe contener todas las normas necesarias para que una materia goce de una regulación uniforme en sus aspectos esenciales, en la totalidad del territorio nacional.
- Negativamente, la Constitución, al limitar las competencias estatales a la determinación de lo básico, exige implícitamente que la legislación de este carácter deje a las Comunidades autónomas espacio suficiente para que estas puedan desarrollar políticas u opciones propias.

En cuanto a la diferenciación de las leyes básicas de otras figuras afines, como son las leyes de bases que ejecutan la delegación legislativa (artículo 82.2 de la Constitución) y las leyes marco que regula el artículo 150.1 de la Constitución, debe señalarse que la ley básica no entraña delegación legislativa de ningún tipo; no se desarrolla mediante textos articulados ni supone una traslación a las Comunidades autónomas de potestades normativas de titularidad estatal; no es la ley básica la que habilita a la Comunidad autónoma a regular una materia, sino la Constitución y el Estatuto de Autonomía. Tampoco pueden equipararse las leyes básicas a las leyes marco, las cuales habilitan a las Comunidades autónomas a regular materias que son de competencia íntegramente estatal, al contrario de lo que ocurre con las leyes básicas, que han de recaer sobre materias en las que la potestad normativa se encuentra, a priori, repartida por la Constitución entre el Estado y las Comunidades autónomas

En cuanto a la forma que la ley ha de revestir, la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981 señala que “la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”.

Por lo que respecta al rango que debe ostentar la legislación básica, la jurisprudencia

constitucional ha declarado que el instrumento para establecer las bases es primariamente la ley; no obstante, se admite la posibilidad de que por vía reglamentaria regule el Ejecutivo aspectos concretos del núcleo básico previamente definido como tal por el legislador preconstitucional.

- *Leyes marco*

El artículo 150 de la Constitución hace referencia, en sus tres apartados, a otros tantos tipos normativos a través de los cuales el Estado puede modular la atribución de competencias que los estatutos de autonomía hayan efectuado en favor de las correspondientes Comunidades autónomas.

El primero de ellos, conocido usualmente con el nombre de leyes marco, viene regulado en el apartado primero del precepto citado, según el cual “las Cortes Generales, en materia de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a algunas de las Comunidades autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades autónomas”.

Las características generales de esta modalidad legislativa pueden reducirse a dos fundamentales. En primer lugar, la ley marco es una modalidad de delegación legislativa, mediante la cual la ley estatal, en lugar de agotar por sí la regulación de una materia sobre la que es competente, opta por remitir una parte de dicha regulación a las Comunidades autónomas. Y, en segundo lugar, la ley marco es una técnica de ampliación de la potestad legislativa de las Comunidades autónomas, mediante la cual el Estado puede extender el campo de acción de esta a materias asumidas mediante su respectivo estatuto de autonomía.

- Las leyes de transferencia o delegación

El segundo apartado del artículo 150 de la Constitución contiene la regulación de las que el lenguaje ordinario ha dado en llamar leyes de transferencia o delegación, en los términos siguientes: “El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades autónomas,



mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado". Nos hallamos ante una segunda técnica de ampliación extraestatutaria de las competencias de las Comunidades autónomas.

El problema más difícil de cuantos plantea esta técnica normativa es el relativo a la determinación de las materias en cuyo ámbito puede operar, cuestión ésta sobre la que la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado en forma determinante y a la que la doctrina ha dado respuestas dispares. GARCÍA DE ENTERRÍA opina que la transferencia o delegación puede recaer incluso sobre las materias que el artículo 149.1 de la Constitución califica como de la competencia exclusiva del Estado, pues lo que se estaría transfiriendo, en todo caso, no es la titularidad sobre las mismas sino "facultades de gestión o de ordenación" que harían viable la colaboración entre las Comunidades autónomas y el Estado.

#### *- Leyes de armonización*

Las técnicas legislativas de modulación de las competencias autonómicas se cierran en el artículo 150.3 de la Constitución con un tipo legal para el que la práctica doctrinal ha consagrado el nombre de "leyes de armonización": "El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades autónomas aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad".

En efecto, en el ejercicio de las potestades normativas que las Comunidades autónomas ostentan sobre una materia concreta, éstas dictan normas que, lógicamente, tendrán contenidos diversos; esta disparidad, que no es en sí ilícita, puede llegar a ser en sí misma lesiva para el interés general. En tal caso, la Constitución autoriza a las Cortes para dictar una ley en la que se establezcan normas generales y básicas sobre esta materia que restauren la uniformidad mínima que el interés general exige: una ley que no desapodera a las Comunidades autónomas de su potestad normativa abstracta sobre la materia, sino

que incide sobre las disposiciones dictadas en su ejercicio, sustituyendo a las ya dictadas y vinculando para el futuro al legislador autonómico, que habrá de ejercer su potestad respetando los contenidos establecidos en dicha ley estatal.

En todo caso, es necesario insistir en el carácter netamente excepcional de esta técnica normativa.

- *Las leyes de las Comunidades autónomas*

Las leyes autonómicas son normas de iguales caracteres que las leyes estatales, con algunas peculiaridades.

Son normas directa y jerárquicamente infraordenadas a la Constitución y al Estatuto de Autonomía, lo que implica: a) la declaración de nulidad de la ley autonómica contraria a la Constitución o al Estatuto de Autonomía (declaración que sólo compete al Tribunal Constitucional); b) la obligación de interpretar la ley autonómica conforme a la Constitución y conforme al Estatuto de Autonomía. Si hubiera una desigual significación entre ambas interpretaciones, deberá prevalecer la primera por ser la Constitución *lex superior*.

La ley autonómica no se limita a ejecutar la Constitución y el Estatuto de Autonomía, sino que, al igual que en el ámbito estatal, el legislador autonómico opera, en el marco de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, con libertad de configuración normativa, aunque debe apoyarse en un apoderamiento concreto de su Estatuto de Autonomía que le atribuya competencia para regular una determinada materia.

La ley autonómica es un “instrumento normativo idóneo para cumplir la exigencia de rango inherente al principio de reserva de ley, siempre que se trate de materias en las que la Comunidades autónomas tenga competencia plena” (sentencia del Tribunal Constitucional 37/1981). Por consiguiente, la reserva de ley no significa una atribución de competencia al Estado (salvo en el caso de la reserva de ley orgánica, pues ésta sólo puede ser estatal).

En cuanto a la relación entre ley autonómica y ley estatal, cabe apuntar lo siguiente:

- Desde una perspectiva estática ambas normas se rigen por el principio de competencia pues actúan sobre materias diferentes (o sobre niveles diferentes de una misma materia), que deben quedar definidas por la Constitución y el Estatuto de Autonomía.
- Desde una perspectiva temporal debe matizarse la eficacia del anterior principio, pues la aprobación de un Estatuto de Autonomía supone atribuir a las Comunidades autónomas competencias sobre materias hasta entonces reguladas por leyes estatales. Así: a) por un principio de continuidad, para evitar vacíos normativos, las leyes estatales no devendrán ineficaces por incompetencia sobrevinida del legislador estatal, sino que seguirán en vigor hasta que el legislador autonómico las sustituya por leyes propias; este es el camino apuntado por la regla de supletoriedad del derecho estatal del artículo 149.3 CE; b) cuando la ley autonómica entra en vigor, entra en juego el principio de desplazamiento, pues la ley autonómica desplaza a la estatal, que podrá continuar aplicándose en otras Comunidades autónomas.

En caso de colisión, por regular una ley autonómica o estatal materias sobre las que las Comunidades autónomas o el Estado no tienen atribuida competencia, se aplica el principio de competencia, lo que determina la nulidad de la ley correspondiente por incompetencia del órgano emisor de la misma.

Si la ley autonómica y estatal concurren a regular una misma materia en los casos constitucionalmente previstos (legislación básica, leyes marco y leyes de armonización), la Constitución garantiza la prevalencia de la ley estatal sobre la autonómica (artículo 149.3). Así, la ley autonómica posterior en el tiempo que infringe la ley estatal es nula; en cambio, es controvertido si a la ley autonómica anterior en el tiempo a una nueva legislación básica estatal con la que resulta incompatible debe verse simplemente desplazada por esta última, sin perder formalmente su validez ni su vigencia (tesis de GARCÍA DE ENTERRÍA), o por el contrario debe entenderse que incurre en inconstitucionalidad sobrevinida y, por tanto, es nula (tesis que sostiene la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional).

Si en un mismo supuesto de hecho concurren normas incompatibles de una ley autonómica y de una ley estatal, relativas a materias diversas para cuya regulación son, respectivamente, competentes, el conflicto también se soluciona a favor de la ley estatal en virtud del principio de prevalencia del artículo 149.3 de la Constitución.

### **III. DISPOSICIONES DEL EJECUTIVO CON FUERZA DE LEY: DECRETOS-LEYES Y DECRETOS LEGISLATIVOS**

Además de las normas de producción parlamentaria, la Constitución atribuye al Ejecutivo la facultad de dictar normas con valor de ley, facultad que tienen igualmente reconocida los Consejos de Gobierno autonómicos en virtud de los respectivos Estatutos de Autonomía. Como señala el artículo 127 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, “el Gobierno de la Nación podrá aprobar reales decretos-leyes y reales decretos legislativos en los términos previstos en la Constitución. Los respectivos órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas podrán aprobar normas equivalentes a aquéllas en su ámbito territorial, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en sus respectivos Estatutos de Autonomía”.

#### **1. DECRETOS LEGISLATIVOS**

##### *- Concepto*

Los decretos legislativos son normas emanadas del Gobierno con rango de ley que exigen un previo apoderamiento o habilitación expresa conferida *ad hoc* al Gobierno por una ley del Parlamento. Se prevén en los artículos 82 a 85 de la Constitución, que denominan al apoderamiento “delegación legislativa”, a la ley que otorga el apoderamiento, “ley de delegación” y al contenido del decreto legislativo, “legislación delegada”. Los decretos legislativos:

- Son el fruto de una colaboración habitual en la producción normativa entre el Gobierno y las Cortes.
- Tienen su ámbito natural en el campo de la legislación compleja cuya perfección técnica exige la capacidad de estudio y medios de que dispone el Gobierno y no el

Parlamento, el cual se limita a establecer las pautas jurídicas y políticas a seguir.

- Pueden ser estatales o autonómicos, pues la mayoría de los Estatutos de Autonomía los regulan expresamente de forma análoga a la Constitución.

#### *- Modalidades de delegación legislativa*

Hay dos modalidades descritas por el artículo 82.2 de la Constitución, a cuyo tenor “la delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formulación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo”. Es decir, la delegación puede hacerse mediante una ley de bases para la formación de textos articulados, donde la ley de bases regula la materia a nivel de principios y directrices y el Gobierno desciende al detalle con un texto articulado cuyo contenido debe respetar esas directrices, o mediante una ley ordinaria para un texto refundido, si se pretende reducir a unidad las normas dispersas que sobre una materia se contienen en textos legales promulgados a lo largo del tiempo.

#### *- Régimen jurídico de las leyes de delegación*

Los artículo 82 a 85 de la Constitución regulan los requisitos y límites que las Cortes Generales deben observar respecto de las leyes de bases u ordinarias de delegación legislativa, que pueden sistematizarse así:

- Límites subjetivos: conforme al artículo 82.1 de la Constitución, la delegación debe otorgarse por las Cortes Generales y exclusivamente al Gobierno, con lo que se excluye que la delegación la otorgue otro órgano diferente de las Cortes y la delegación sólo puede recaer en el Gobierno, y no en otro órgano, como los Ministros.

- Límites objetivos, relativos al contenido material de la ley de delegación, y que pueden exponerse así:

- Contenido necesario común a ambas modalidades de delegación (ley de bases y ley ordinaria). Se recoge en el artículo 82.3 de la Constitución, que establece que “la delegación legislativa habrá otorgarse al Gobierno de forma



expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio”.

El carácter expreso de la delegación exige la inclusión en la parte dispositiva de la ley delegante de un precepto que de modo inequívoco manifieste la voluntad del legislador de habilitar al Gobierno para dictar una norma con rango de ley.

La concreción del ámbito material de la delegación exige que ésta se refiera a una materia en el sentido en que emplea este término la Constitución, esto es, entendida como un sector delimitado de intervención legislativa o administrativa (expropiación, contratos del Estado, aguas, legislación hipotecaria); con ello se excluye tácitamente la posibilidad de leyes de plenos poderes o que la delegación se haga sobre la base de conceptos materiales o títulos competenciales de contenido laxo, no claramente unívoco o de alcance transversal indefinido (libertad de empresa, calidad de vida, medio ambiente, cultura...).

La duración temporal de la delegación, unida a que no podrá concederse por tiempo indeterminado, exige que el legislador bien fije una fecha terminal, bien fije un plazo determinado, bien fije un plazo por relación a un hecho *certus an et quando* (por ejemplo, hasta el fin de la legislatura).

- Contenido necesario de la delegación mediante ley de bases. Se recoge en el artículo 82.4 de la Constitución, que señala que “las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio”.

La delimitación con precisión del objeto y alcance de la delegación legislativa supone precisar, dentro de la materia concreta, el conjunto de temas o cuestiones incluidos en la delegación, sus límites materiales extrínsecos.

La delimitación de los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio hace referencia al contenido material de las bases, a sus límites materiales intrínsecos de la materia delegada. Ello implica que la ley de



bases ha de establecer contenidos materiales genéricos que el Gobierno debe observar, sin que quepan delegaciones en blanco. Los principios hacen referencia a las normas de fondo sobre la materia a regular, normas de gran generalidad que el texto articulado debe precisar; los criterios hacen referencia a las normas directivas, a los fines y objetivos a que debe tender el texto articulado. El establecimiento de principios y criterios no impide que la ley de bases pueda contener normas de detalle sobre algún aspecto concreto de la materia.

- Contenido necesario de la delegación para refundir textos legales. Se especifica en el artículo 82.5 de la Constitución, a cuyo tenor “la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos”.

La determinación del ámbito normativo a que se refiere al delegación expresa que la ley debe indicar con claridad los textos legales concretos cuyos preceptos deben ser integrados en el texto refundido, debe acotar la materia delegada, pudiendo ser la indicación nominativa (tal ley) o usando conceptos generales (contratos del Estado); aunque se refiera a “textos legales” no habría problema para admitir también la refundición de alguna norma reglamentaria, elevándose su rango.

Debe especificarse si la delegación se circunscribe a la formulación de un texto único (que parece excluir la posibilidad de modificar, ni siquiera mínimamente, los textos a refundir, limitándose el Gobierno a yuxtaponer los preceptos de las diferentes leyes, a “republicarlos ordenadamente” sin introducir elemento creativo alguno, lo cual es verdaderamente excepcional), o si se incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos (expresándose con esta acumulación de términos que la labor del Gobierno debe limitarse a hacer las modificaciones superficiales que los textos refundidos requieran para dar un sentido

coherente y sistemático al resultante).

- Prohibiciones de carácter objetivo

Se excluyen de la delegación: a) las materias que han de ser reguladas por ley orgánica (artículo 82.1 de la Constitución); b) las funciones que competen a las Cortes, no como órgano legislativo, sino por otros conceptos, se ejerzan o no mediante leyes (control político),

Se prohíbe la subdelegación, según el aforismo “delegata potestas delegari non potest”, al señalar el artículo 82.3 de la Constitución que la delegación “tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno”. La prohibición de subdelegar no impide el ejercicio de la potestad reglamentaria en ejecución del decreto legislativo, aunque el reglamento no podrá entrar en el desarrollo de las bases (que deberán serlo por el texto articulado), salvo en aspectos materiales, de detalle u operativos.

Según el artículo 83 de la Constitución, las leyes de bases no podrán en ningún caso: a) autorizar la modificación de la propia ley de bases; b) “facultar para dictar normas con carácter retroactivo”, con lo que estas normas sólo podrán tener origen parlamentario.

- Eficacia de la ley de delegación. Esta eficacia se proyecta ad extra y ad intra:

- La eficacia ad extra determina que la ley de delegación, como mero acto de habilitación de potestad normativa, sólo vincula al Gobierno y sus prescripciones no obligan a los ciudadanos ni a la Administración ni los jueces estarían obligados a aplicarlas, sino cuando el Gobierno hubiera aprobado el decreto legislativo. Esta eficacia debe ser matizada.

Cuando se trata de refundir textos legales: a) la norma que autoriza la refundición carece de contenido material y sólo obliga al Gobierno; b) los textos legales a refundir no se ven alterados en su vigencia y aplicación por la autorización, sino que se seguirán aplicando, convirtiéndose en parámetros materiales a los que ha de ajustarse el Gobierno.



Las leyes de bases, a pesar de su contenido material, por su general falta de concreción sólo vinculan al Gobierno, pero su eficacia no se limita a establecer un vínculo fiduciario entre el Legislativo y el Ejecutivo, sino que se proyecta en los siguientes ámbitos: a) pueden ser declaradas inconstitucionales por motivos formales; b) pueden servir de criterio interpretativo de la legislación anterior cuando las bases supongan un cambio de los principios inspiradores de la regulación de una materia determinada; c) una vez aprobado el decreto legislativo, las bases se convierten en parámetros para enjuiciar la validez del texto articulado y se funden con el texto articulado, formando un todo unitario que concurre a la normación de la materia regulada.

- La eficacia ad intra permite que las Cortes Generales: a) dejen sin efecto la delegación mediante una nueva ley derogatoria de la delegante (revocación expresa de la delegación); o b) revoquen la delegación de forma implícita, procediendo a regular ellas mismas la materia delegada.

- *Régimen jurídico de los decretos legislativos*

- Límites objetivos. El ejercicio de la delegación por el Gobierno consiste en una tarea de formulación de normas jurídicas de caracteres diversos, según se formule un texto articulado o un texto refundido.

Si la delegación remite a un texto articulado la labor del Gobierno consiste en desarrollar los principios y criterios contenidos en las bases; el concepto de desarrollo plantea, entre otros, los siguientes problemas:

- Los límites externos de la operación de desarrollo, que pueden expresarse así: a) el Gobierno podrá dictar todas las normas necesarias para regular la materia objeto de delegación; b) las normas no tienen que limitarse al desarrollo puntual y constrictivo de las frases o ideas expresadas en las bases, sino que tiene un amplio poder de creación normativa.

- La naturaleza de la operación de desarrollo o tipo de vinculación que el



texto articulado ha de guardar con las bases: el texto articulado ha de respetar las bases y establecer una regulación coherente con el programa normativo, existiendo una relación de desarrollo armónico, pues texto y bases forman un corpus legislativo único entre cuyas partes debe darse un ajuste perfecto.

- El grado de concreción del texto articulado o el margen que el texto articulado debe dejar para el desarrollo reglamentario: el texto articulado tiene un límite mínimo de detalle (desarrollar las bases con un grado de detalle estándar en las leyes de producción parlamentaria sin amplias remisiones a reglamentos posteriores, porque violaría la ley delegante), pero no tiene un límites máximo, por lo que podrá o no descender a especificaciones que, normalmente, se harían en reglamentos.

Cuando la delegación remite a un texto refundido, se plantean los siguientes problemas:

- Los límites externos o determinación de los textos legales a refundir. Éstos serán: a) los designados nominativamente en la ley delegante; b) si ésta no los designa nominativamente, sino que emplea conceptos genéricos que pueden afectar a distintos textos, deberá interpretarse la norma que autoriza la refundición (antecedentes legislativos, interpretación sistemática) y, en su defecto, atenerse al principio de la unificación normativa como fin institucional de la refundición, debiendo incluirse todas las disposiciones legales referidas a la materia con el significado más amplio que goce de un cierto consenso teórico.
- Los límites internos plantean problemas cuando la delegación autoriza al Gobierno para regularizar, aclarar y armonizar los textos a refundir, no cuando se trata de la mera formulación de un texto único, porque en este último supuesto la labor es puramente mecánica.

En el primer caso el Gobierno ha de redactar un texto que regule unitaria, ordenada y sistemáticamente una materia, fragmentaria y heterogénea, de



diferentes épocas y con principios y pautas de redacción diferentes y debe hacerlo respetando al máximo los materiales legislativos que han de ser refundidos. Para ello debe: a) fijar los principios que han de inspirar el nuevo texto, induciéndolos del conjunto de textos a refundir, prefiriendo, entre ellos, los que inspiren los textos más recientes; b) realizar sobre los textos a refundir tres tipos de operaciones: de adición (añadiendo normas nuevas para cubrir las lagunas que ofrezcan las refundidas para regularizar, aclarar y armonizarlas), de supresión (de las normas derogadas expresa o tácitamente, las de carácter repetitivo, las transitorias cuyo supuesto de hecho ya se haya agotado) y de alteración (debido a necesidades impuestas por la corrección del lenguaje, actualización de términos y para clarificar el sentido de expresiones oscuras).

- Límites formales. Estos límites afectan a los siguientes aspectos:

- La identificación del decreto legislativo, pues señala el artículo 85 de la Constitución que "las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de decretos legislativos"; ello exige que la norma delegada se publique en el *Boletín Oficial del Estado* con el rótulo "decreto legislativo" en aras de la seguridad jurídica.

- Los aspectos temporales que plantean dos cuestiones.

La primera es qué trámites del procedimiento de elaboración del decreto legislativo han de cumplirse dentro del plazo fijado por la ley delegante. Según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, en ese plazo debe tener lugar la íntegra publicación del decreto legislativo en el *Boletín Oficial del Estado*.

La segunda es, dentro de ese plazo, qué poderes ostenta el Gobierno para ejercitar la delegación. Estos poderes se reflejan en las siguientes reglas: a) la Constitución consagra la tesis de la instantaneidad, al señalar el artículo 82.3 de la Constitución que "la delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente"; ello



impide al Gobierno que, dentro del plazo señalado y en tanto no expire, pueda aprobar un texto y modificarlo varias veces o sustituirlo por otros; b) el ejercicio de la delegación tendrá lugar mediante la publicación de un solo texto, si se trata de un texto refundido (por su finalidad institucional de unidad normativa), pero si se trata de un texto articulado nada impide que, dentro del plazo de delegación, se desarrollen las bases mediante decretos legislativos sucesivos y parciales.

- Los aspectos procedimentales o trámites que deben seguirse para la elaboración de los decretos legislativos. Destacan dos aspectos.

En primero lugar, los decretos legislativos son una disposición que emana del Gobierno y, en cuanto tal, su proceso de formación debe sujetarse a las reglas del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general del Gobierno y la Administración, hoy contenidas en el título VI de la Ley 39/2015 y en el título V de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

En segundo lugar, a esos trámites debe añadirse la exigencia de previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno sobre el proyecto de decreto legislativo (artículo 21.3 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado).

Además, la propia ley delegante puede exigir la observancia de trámites específicos, como determinados informes o consultas, posibilidad recogida en el artículo 82.6 de la Constitución, que permite establecer al legislador fórmulas adicionales de control, que no han de ser necesariamente a posteriori.

Teniendo todo esto en cuenta, cabe hacer la siguiente observación: las reglas establecidas en el título VI de la Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y en el título V de la Ley del Gobierno son aplicables a todo tipo de normas elaboradas por el Gobierno, pero, si se trata de decretos legislativos, hay que diferenciar los “externa



corporis acta" (observancia de los límites de la delegación), expresamente fiscalizables por lo dispuesto en el artículo 82.6 de la Constitución, de los "interna corporis". Desde esta última perspectiva, el decreto legislativo no es equiparable a una ley, sino a un reglamento, y la inobservancia del procedimiento determina la invalidez de la norma, que podrá ser declarada por los Tribunales contencioso-administrativos, sin que la fuerza de ley de los decretos legislativos pueda convalidar el vicio, ya que su eficacia se limita a su capacidad de innovación activa y pasiva.

- Eficacia del decreto legislativo. Puede ser normal o anormal.
  - La eficacia normal se resume en dos tipos de consecuencias: a) la publicación de la norma conlleva la extinción automática, ipso iure, de la potestad delegada, que no podrá volver a ser ejercida sobre la misma materia, con independencia de que el decreto legislativo sea válido o no; b) el decreto legislativo se incorpora al sistema normativo como norma dotada de fuerza o rango de ley (artículo 82.1 de la Constitución), lo que le da resistencia pasiva a la innovación (sólo puede ser derogada por otra norma de rango legal) y capacidad de innovación activa (puede derogar expresa o tácitamente otras normas con rango de ley anteriores), pero carece de inmunidad de control por parte de los tribunales ordinarios, que podrán comprobar y declarar su ajuste al sistema normativo, según el artículo 82.6 de la Constitución ("sin perjuicio de la competencia propia de los tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control").
  - La eficacia anormal hace referencia a las consecuencias de la infracción de los límites de la delegación.

Si se vulneran límites extrínsecos al mecanismo de la delegación (procedimiento de elaboración, artículos 82 a 85 de la Constitución, que establecen el régimen de la delegación y su ejercicio, nulidad de la ley delegante, por ejemplo, cuando no señala principios ni criterios ni plazo) la

consecuencia lógica es la nulidad del decreto legislativo, en su totalidad o en las normas en que se concrete la infracción.

Si se vulneran límites intrínsecos, el problema es más complejo, debiendo diferenciarse varios supuestos. Las infracciones formales por inobservancia de los requisitos adicionales de procedimiento establecidos por la ley delegante ex artículo 82.6 de la Constitución y las infracciones materiales por contradicción (por ejemplo, la norma de un texto articulado contradice una base o la de un texto refundido modifica abiertamente una norma refundida) se sancionan con la nulidad. Las infracciones formales por incumplimiento del plazo y las infracciones materiales por exceso (normas del decreto legislativo que no desarrollan directa ni indirectamente ninguna base o no se contienen en los textos a refundir) presentan dudas; un sector doctrinal ha estimado que no se produce la nulidad, sino una degradación de rango a norma reglamentaria, pero tras la promulgación de la Constitución esta tesis es insostenible, porque la infracción del plazo determina la extinción de la potestad delegada y la norma emanada con posterioridad es nula por incompetencia. Las infracciones materiales por defecto (omisión de normas de los textos refundidos o fragmentario desarrollo de las bases) reciben un tratamiento diferente. La omisión de normas de los textos refundidos no determina la nulidad del decreto legislativo sino la pervivencia de las normas omitidas que continuarán en vigor; la falta de desarrollo de las bases puede oscilar, según la entidad de la omisión, entre la irrelevancia o la nulidad de todo el texto articulado.

## **2. DECRETOS-LEYES**

Al decreto-ley se refiere el artículo 86.1 de la Constitución, cuando señala que “en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, al régimen de las Comunidades autónomas ni al derecho electoral general”. Además, hay Estatutos de Autonomía que atribuyen la misma

facultad al correspondiente Consejo de Gobierno autonómico en términos muy similares a los del referido precepto constitucional.

*- Naturaleza jurídica y caracteres*

Su naturaleza jurídica se pone de manifiesto en la propia denominación de decreto-ley, que expresa su carácter híbrido:

- Es, en primer lugar, un decreto, una norma dictada por el Gobierno en ejercicio de poderes propios al ser apoderado directamente por la Constitución, con lo que no es consecuencia de una previa habilitación parlamentaria concedida ad hoc.
- En segundo lugar es una ley, una norma con rango de ley, al calificarla el artículo 86.1 de la Constitución como “disposición legislativa provisional”. Sin embargo, su carácter provisional hace que sólo pueda integrarse en el Ordenamiento jurídico definitivamente con rango de ley mediante su convalidación por el Congreso de los Diputados.
- Es, en tercer lugar, un decreto-ley, lo que expresa su carácter singular y excepcional, que impone su utilización en supuestos fácticos tasados, su exclusión en determinadas materias y su carácter provisional y claudicante, exigiendo confirmación parlamentaria en un plazo perentorio.

*- Presupuesto habilitante*

El presupuesto habilitante que permite al Gobierno dictar un decreto-ley es la concurrencia de un caso de extraordinaria y urgente necesidad. Sobre la interpretación de este presupuesto habilitante señala el Tribunal Constitucional lo siguiente en sus sentencia 137/2001:

“En este sentido, hemos declarado que nuestra Constitución ha adoptado una solución flexible y matizada respecto del fenómeno del decreto-Ley que, por una parte, no lleva a su completa proscripción en aras del mantenimiento de una rígida separación de los poderes, ni se limita a permitirlo de una forma totalmente excepcional en situaciones de necesidad absoluta, de modo que la utilización de este instrumento normativo se estima

legítima «en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta» (STC 6/1983, de 4 de febrero, F. 5). En otras palabras, el fin que justifica la legislación de urgencia no es otro que subvenir a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las Leyes» ( SSTC 11/2002, de 17 de enero, F. 4, y 137/2003, de 3 de julio)”.

#### *- Límites materiales*

Los decretos leyes no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución, al régimen de las Comunidades autónomas ni al derecho electoral general. De estos límites, el más polémico es el relativo a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos.

Así el Tribunal Constitucional ha rechazado, en sentencias de 4 de febrero de 1983 y 2 de diciembre del mismo año, la coextensión de los artículo 81.1 (reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de la sección 1ª del capítulo II del título I de la Constitución) y 86.1 (que se referiría a todos los derechos, deberes y libertades del título I), siendo más amplio este último. En cuanto al significado del término afectar, la segunda sentencia citada establece que el artículo 86.1 debe ser entendido de tal modo que ni reduzca a la nada el decreto-ley, ni permita que por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I, ni dé pie para que por decreto-ley se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos.

#### *- Procedimiento de elaboración*

El artículo 26.11 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, impone los siguientes trámites para la elaboración de los decretos-leyes estatales:



- Su redacción estará precedida de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad de la norma.
- Se elaborará una Memoria del Análisis de Impacto Normativo con carácter abreviado.
- La propuesta se someterá a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y se elevará al Consejo de Ministros para su aprobación.
- El Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno, analizará los distintos aspectos técnicos de la propuesta normativa.

- *Control parlamentario*

De acuerdo con el artículo 86.2 de la Constitución, los decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario. Añade el artículo 86.3 que durante el mismo plazo las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

Así pues, el control parlamentario de los decretos-leyes lo verifica el Congreso de los Diputados, que puede convalidarlos, derogarlos o tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia. Debe tenerse en cuenta que el Congreso, al convalidar o derogar el decreto-ley, debe pronunciarse sobre el conjunto de sus disposiciones sin modificarlo. Para introducir modificaciones deberá tramitarlo como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

El control parlamentario se produce una vez promulgado el decreto-ley, por lo cual durante la tramitación de dicho procedimiento aquél no pierde su fuerza normativa. Si el pronunciamiento es positivo, el decreto-ley no quedará convertido en ley parlamentaria, pero perderá su carácter de disposición legislativa de carácter meramente provisional, pudiendo producir efectos de manera indefinida en el tiempo. Si el control es negativo, el

decreto-ley quedará derogado, manteniéndose los efectos que ya haya producido desde su promulgación.

Si en el plazo de treinta días no se adopta decisión alguna, LINDE y ALZAGA entienden que la provisionalidad determina la caducidad de la norma, con los mismos efectos que una derogación expresa.

## **BIBLIOGRAFÍA**

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, I, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 2.**

**EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CLASES.  
FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA POTESTAD  
REGLAMENTARIA. REGLAMENTOS ILEGALES:  
SU IMPUGNACIÓN. REGLAMENTOS DE LOS  
ÓRGANOS CONSTITUCIONALES.**

## **TEMA 2. EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CLASES. FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA. REGLAMENTOS ILEGALES: SU IMPUGNACIÓN. REGLAMENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES.**

### **I. EL REGLAMENTO: CONCEPTO Y CLASES**

#### **1. CONCEPTO**

La definición común más usada para esta figura es la de una disposición jurídica de carácter general dictada por la Administración y que se encuentra subordinada a la ley. Así, pueden extraerse de la definición expuesta las características definidoras de la figura del reglamento: disposición de carácter general (verdadera norma y, en cuanto tal, regulación abstracta y general de situaciones de futuro), que debe de ser publicada y conserva vigencia indefinida. En cuanto norma, viene a innovar, modificar o derogar el Ordenamiento jurídico en el escalón jerárquico que corresponda.

- *Reglamento y acto administrativo*

Como señala SANTAMARÍA PASTOR, el problema de los criterios distintivos de las normas reglamentarias respecto de los actos administrativos es, desde luego, una cuestión de alto porte teórico, pero también de una considerable relevancia práctica: reglamentos y actos suelen tener en nuestro Derecho positivo la misma denominación o rotulación.

El reglamento presenta notables diferencias con el acto administrativo, en tanto que este último es una mera aplicación del Ordenamiento a un supuesto determinado, mientras que el reglamento forma parte de ese mismo Ordenamiento al que innova:

- El acto se agota con su cumplimiento mientras que el reglamento se refuerza con su aplicación continuada.
- La potestad reglamentaria corresponde a unos órganos concretamente determinados, mientras que el hecho de dictar actos administrativos es el modo normal de expresión de cualquier órgano administrativo.
- El reglamento es revocable *ad nutum* mediante su derogación, modificación o sustitución, mientras que el acto administrativo está afectado por los límites de la

revocación que impone la ley en garantía de los derechos que se pudieron generar para el particular.

- La regla general en el caso de los reglamentos ilegales es la nulidad de pleno derecho, que es la sanción más grave correspondiente a la invalidez de las actuaciones administrativas. En el caso de los actos administrativos, la regla general es la anulabilidad siendo la nulidad de pleno derecho un supuesto restringido para casos tasados.

- La eficacia de los reglamentos está supeditada a su publicación en el boletín oficial que corresponda (artículo 131 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas), mientras que la eficacia de los actos depende de su notificación o publicación (artículo 39.2 de la Ley 39/2015).

- La elaboración de los reglamentos está sometida a un procedimiento específico, distinto del aplicable a los actos administrativos.

- Los reglamentos, al contrario de lo que ocurre con los actos administrativos, no son susceptibles de recurso en vía administrativa (artículo 112.3 de la Ley 39/2015).

A pesar de lo dicho anteriormente, existe un tipo de actos cuya diferencia de los reglamentos es de difícil apreciación. Nos referimos a los actos generales no normativos, que tienen como destinatarios a una pluralidad indeterminada de sujetos y pueden llegar a publicarse. Desde un punto de vista teórico, lo que identifica a los reglamentos no es el modo de definición de las personas destinatarias de los mismos, ni el número de éstos, sino el carácter abstracto del objeto de la norma; esto es, el supuesto de hecho a que la norma se refiere o de la acción que la norma impone.

- *Reglamento y circulares internas, órdenes de servicio e instrucciones*

En lo que respecta a las circulares internas, órdenes de servicio e instrucciones, es decir, a aquel conjunto de disposiciones dictadas por las autoridades administrativas con el fin genérico de dirigir la actividad de los funcionarios y órganos que les están subordinados,

no pueden considerarse reglamentos, sino que se configuran como reglas de servicio de contenido general que los titulares de los órganos administrativos dirigen a sus inferiores jerárquicos para ordenar su actuación. Encuentran fundamento en la potestad de autoorganización y en la estructura jerárquica de la Administración: la posibilidad de que los escalones superiores de una organización jerarquizada condicionen la actividad de los inferiores para la consecución de los fines propios de la misma. La determinación de lo que es una instrucción, orden de servicio o circular no atiende a su denominación, sino al contenido real del instrumento jurídico. Respecto de sus efectos son, por lo general, ad intra o internos. Tienen plena eficacia jurídica en el ámbito interno por ser vinculantes para los órganos inferiores y poseen eficacia constitutiva; las circulares pueden establecer efectos nuevos que vinculan a los miembros de la organización a los que se dirigen y eficacia habilitante; crean potestades que permiten dictar actos vinculantes referidos a los miembros y bienes de la organización, pero carecen de esa eficacia jurídica constitutiva y habilitante en el ámbito externo.

#### *- Reglamento y ley*

El reglamento es una norma secundaria, subalterna, inferior y complementaria de la ley, que necesita de una justificación para cada caso, está condicionada, tiene posibilidades limitadas y tasadas, siendo libremente justiciable por el juez.

Así, lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución, cuando garantiza el principio de jerarquía normativa, según el cual el reglamento complementaría a la ley, pero no podría derogarla, contradecirla, suprimirla, limitarla, suspenderla o excluirla.

En este sentido, la esencia propia de la ley está en ser expresión de la voluntad popular, característica que no concurre en el reglamento en tanto que su autora, la Administración, no representa aquella mística de ser expresión de la voluntad popular.

Cualquier materia es susceptible de ser regulada por Ley, no existiendo, al contrario, materias reservadas a la regulación reglamentaria. Esta posición ordinamental de la ley y el reglamento se expresa en el principio llamado reserva de ley, que en la actualidad tiene dos manifestaciones:

- Reserva material de ley, que comprende el conjunto de supuestos o materias respecto de los cuales la propia Constitución española exige regulación a través de norma con rango legal. Esto supone obviamente que, aun a falta de ley, en ningún caso estas materias pueden ser reguladas por normas reglamentarias, no pudiendo degradarse mediante la denominada deslegalización, ya que tal intento sería inconstitucional. Si a pesar de lo anterior, dichas materias resultasen ordenadas por normas reglamentarias, serían nulas por contradecir los preceptos expresos en que la Constitución establece la reserva.

- Reserva formal de ley, que opera al margen de las concretas previsiones constitucionales y significa que cualquier materia, por mínima o intrascendente que sea, cuando es objeto de regulación por ley, ya no puede ser normada por reglamento. Asistimos así a una elevación automática del rango de dicha materia, que la convierte en inaccesible a la potestad reglamentaria salvo, claro está, que la propia ley remita a un desarrollo posterior de alguna de sus partes por medio del reglamento.

#### *- Reglamento y legislación delegada*

El reglamento es una norma que dicta la Administración pública en el ejercicio de competencia propia reconocida por el artículo 97 de la Constitución Española. Esta característica diferencia a los reglamentos de la legislación delegada, en la que se ejercitan competencias legislativas previa habilitación expresa del poder legislativo (decretos legislativos).

## **2. CLASES**

#### *- Por su relación con la ley*

- Reglamentos independientes de la ley (extra legem) o autónomos: son reglamentos que no completan ni desarrollan ninguna ley previa, sino que surgen al margen de toda ley de habilitación y que se sostienen por sí mismos. Sólo cabe este tipo de reglamentos en el ámbito de las materias organizativas y en relaciones de supremacía especial que no afecten a derechos básicos de los interesados, o en

ámbitos de actividad prestacional en los que no se produzca una actuación administrativa que restrinja derechos y libertades de los administrados.

- Reglamentos ejecutivos (*secundum legem*): son aquellos que se dictan en virtud de remisiones normativas de la ley, en su favor, para su complemento y desarrollo, precisando todo el casuismo necesario. Por tanto, su función no es simplemente ejecutiva, sino complementaria de la ley que solicita su colaboración, sin que quepa contradecirla ni suplantarla.

Estos reglamentos serán informados preceptivamente por el Consejo de Estado. La necesidad de informe se orienta justo a controlar la fidelidad de la norma reglamentaria con la ley que desarrolla.

Pueden ser, a su vez, de dos clases: generales, que complementan a la ley en su conjunto (por ejemplo, el Reglamento de expropiación forzosa); oparciales, si se limitan a desarrollar determinados aspectos de la ley de que se trate.

- Reglamentos de necesidad (*contra legem*): se dictan para afrontar situaciones extraordinarias, más concretamente de excepcional gravedad. Se justifican por la necesidad de dar una respuesta rápida ante determinadas circunstancias excepcionales de emergencia, no pudiendo respetarse los habituales cauces de producción normativa debido a la necesidad de ofrecer una respuesta urgente a estas circunstancias (por ejemplo, las medidas previstas en los artículos 8.2 y 34 de la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio).

Su existencia en nuestro ordenamiento fue cuestionada por inconstitucional, aunque puede encontrarse fundamento para su existencia en lo preceptuado en el artículo 116 de la Constitución (estados de alarma, excepción y sitio). A este respecto, deberá tenerse en cuenta que este tipo de reglamentos pierden su sentido con la desaparición de las circunstancias a las que dan respuesta, por lo que no debería ser ni siquiera necesario proceder a su derogación formal y expresa.



*- Por la materia que regulan*

- Reglamentos administrativos: también denominados de organización, hacen referencia a los administrados que están incursos en relaciones de supremacía especial (funcionarios, presos, usuarios de servicios públicos). En estos supuestos de supremacía especial, los administrados tienen una mayor intensidad de sujeción y, por tanto, los reglamentos administrativos concederán a la Administración amplios poderes que habrán de ser acatados por los particulares.
- Reglamentos jurídicos o normativos: se refieren a las relaciones de supremacía general que unen al Estado con cualquier ciudadano; la Administración opera sobre los derechos y libertades de los particulares.

La importancia de la distinción que se expresa en este punto estriba en que los reglamentos jurídicos sólo pueden producirse en desarrollo de una ley previa habilitante, mientras que los administrativos, en tanto se refieren al ámbito interno de la Administración, sólo tienen que respetar el principio de reserva formal de ley, no contraviniendo la regulación que ésta haya establecido, si existiese.

*- Por su origen*

- Estatales: Reales Decretos (dictados por el Gobierno o por el Presidente del Gobierno) y Órdenes ministeriales (dictadas por los Ministros).
- Autonómicos: Decretos (aprobados por el Consejo de Gobierno o, en su caso, el Presidente de la Comunidad autónoma, sin el apelativo de reales, ya que no son firmados por el Rey) y Órdenes (aprobadas por los consejeros)
- Locales: reglamentos orgánicos (para regular los órganos internos de la entidad y el régimen de funcionamiento), ordenanzas (normas reglamentarias ad extra), reglamentos (normas reglamentarias ad intra u organizativas). En lo que respecta a los bandos que pueden dictar los Alcaldes, se duda de su carácter de normas jurídicas, ya que no tienen como función disciplinar la realidad social, sino que son recordatorios de la existencia de una regulación o normativa preexistente, sin innovar el Ordenamiento jurídico.

- Reglamentos de los entes institucionales y de los entes corporativos: en principio son normas de carácter puramente organizativo, aunque pueden llegar a tener carácter normativo ad extra si excepcionalmente la ley le atribuye al ente la potestad de dictar reglamentos con esos efectos. Así, el artículo 129.4 de la Ley 39/2015 prevé que las leyes podrán habilitar directamente a autoridades independientes u otros organismos que tengan atribuida esta potestad para aprobar normas en desarrollo o aplicación de las mismas, cuando la naturaleza de la materia así lo exija.

## **II. FUNDAMENTO Y LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA**

### **1. FUNDAMENTO DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA**

#### *- Fundamento material*

Desde una perspectiva material, la potestad reglamentaria se puede fundamentar en las siguientes consideraciones:

- El procedimiento legislativo dificulta, entorpece o de plano imposibilita que el Ejecutivo pueda dar respuesta a todas las circunstancias económicas y sociales, o de cualquier otra índole, con las que se encuentra en aplicación de la ley.
- El carácter fundamentalmente técnico y la complejidad de ciertas materias sobre las que versan los reglamentos implica que las cámaras legislativas no sean los órganos más idóneos para su confección, en tanto que su composición es de naturaleza eminentemente política, no técnica; suelen, por tanto, carecer de los conocimientos técnicos suficientes para regular correctamente asuntos y materias de una complejidad técnica elevada.
- La propia naturaleza de las materias reguladas requiere procedimientos rápidos y flexibles de modificación, derogación o sustitución, poco acordes con los procedimientos establecidos para la elaboración de las leyes, a lo que hay que añadir que ciertas de sus partes precisan de un desarrollo posterior por medio de reglamento ya que, de realizarse la discusión en el ámbito parlamentario, sería especialmente larga y dificultosa su aprobación.

- La potestad reglamentaria dota a la Administración de una esfera autónoma que le permite regular situaciones no previstas por el legislador, dentro de la legalidad vigente.
- Los amplios poderes de que goza la Administración en los Estados actuales reclaman una mayor juridificación de la organización y funcionamiento de los servicios administrativos, así como de las relaciones jurídico-administrativas, en aras a conseguir la seguridad jurídica que reclama en principio del Estado de Derecho.

Todo lo anterior no supone quitarle poder al Legislativo, sino descargarlo para que no entre a regular cuestiones de detalle y ejerza su función de adoptar las decisiones fundamentales del proceso político y de control parlamentario del Gobierno. De ahí que pueda sostenerse que la potestad reglamentaria vendría a ser una expresión más del principio de eficacia.

*- Fundamento jurídico-formal*

La potestad reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico encuentra fundamento constitucional en la redacción dada al artículo 97 de la Constitución española, que atribuye al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Por su parte, el artículo 137 contiene una atribución implícita al reconocer la autonomía para la gestión de sus respectivos intereses a los municipios, provincias y Comunidades autónomas. El ámbito material de esta potestad reglamentaria vendría determinada por el inciso "sus respectivos intereses".

Esta potestad reglamentaria del Gobierno no deriva, por tanto, del Legislador, sino que tiene fundamento directo e inmediato en la Constitución, donde se atribuye como una potestad distinta y claramente diferenciada de la Ejecutiva. Por tanto, aunque la potestad reglamentaria está sujeta al principio de jerarquía normativa, no se limita a una mera ejecución de las leyes. En otras palabras, se otorga un margen de actuación al Gobierno.

## **2. LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA**

### *- Competencia*

El primer límite para la aprobación válida de un reglamento es que el órgano que lo dicta tenga competencia para ello.

El artículo 97 de la Constitución Española atribuye directamente la potestad reglamentaria al Gobierno, entendiéndose por tal el Consejo de Ministros. En este caso, se trata de una potestad reglamentaria originaria, que deriva de la misma Constitución Española y, por tanto, no es necesario que exista una ley habilitante.

En sentido contrario, el Presidente del Gobierno y los Ministros sólo poseen potestad reglamentaria derivada de una habilitación legal; a este respecto aunque la Constitución no otorga esa potestad tampoco prohíbe que pueda otorgarse por ley. Así, el artículo 2.2.j) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, atribuye al Presidente del Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria en materia organizativa. Respecto de los Ministros, tanto la Ley del Gobierno en su artículo 4.1.b) como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, en su artículo 61.a) les atribuyen el ejercicio de la potestad reglamentaria en las materias propias de su departamento. Otras autoridades y órganos administrativos inferiores a los Ministros no tienen reconocida con carácter general la facultad de ejercer la potestad reglamentaria, de manera que sólo pueden hacer uso de ella por habilitación legal específica, que tendrá que justificarse caso por caso en la ley habilitante (artículo 129.4 de la Ley 39/2015).

La Constitución española, al establecer la garantía de la autonomía a favor de municipios, provincias y Comunidades autónomas, está admitiendo de facto como contenido de dicha autonomía una potestad normativa propia de estas entidades territoriales, potestad que incluye como mínimo la reglamentaria.

En este sentido, y en lo que respecta a las Comunidades autónomas, se manifiesta el artículo 153.c) de la Constitución española, cuando establece que el control de la actividad de los órganos de las Comunidades autónomas se ejercerá por la jurisdicción contencioso-

administrativa en lo que respecta a sus normas reglamentarias.

Cada Comunidad autónoma determina los órganos competentes dentro de su Administración para el ejercicio de la potestad reglamentaria. En el caso de Galicia, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, establece en su artículo 37 que corresponde a la Xunta de Galicia, entendida como órgano colegiado de gobierno de la Comunidad autónoma, la titularidad y el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Comunidad autónoma. Por su parte, los Conselleiros pueden dictar disposiciones administrativas de carácter general en lo relativo a la organización y materias propias de sus departamentos. En cambio, las instrucciones emitidas por otros órganos de la Administración general de Galicia y por las entidades instrumentales públicas no se consideran en ningún caso disposiciones dictadas en el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio, como en el caso del Estado, de las habilitaciones legales específicas que se puedan otorgar a esos órganos y entidades para emanar normas reglamentarias en complemento o desarrollo singular de la propia ley.

En el caso de la Administración local, es el Pleno de cada entidad (o la asamblea vecinal en los municipios que se organizan en régimen de concejo abierto) el único órgano competente para ejercer la potestad reglamentaria, tal como se desprende de los artículos 22.1.d), 33.2.b), 49 y 123.1.c) y d) de la Ley de bases del régimen local, siendo esta atribución indelegable, todo ello sin perjuicio de la polémica a la que ya se ha hecho referencia sobre la naturaleza jurídica de los bandos que pueden dictar los Alcaldes al amparo de los artículos 21.1.e) y 124.4.g) de la Ley de bases del régimen local.

#### *- Materia*

Los reglamentos están limitados materialmente por el principio de reserva de ley, tal como dispone el artículo 128.2 de la Ley 39/2015: “los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán... regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas”. En particular, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos,

exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 39.2 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia

Además del límite constituido por la referida reserva material de ley, los reglamentos tampoco pueden regular por sí mismos las materias que han sido reguladas por el legislador aun en defecto de reserva constitucional o estatutaria (reserva formal de ley o principio de congelación del rango).

No obstante todo lo anterior, siempre que no nos hallemos ante un caso de reserva material absoluta de ley, que es excepcional en nuestro Ordenamiento jurídico (materia penal, fundamentalmente), la ley podrá remitir al reglamento el complemento y desarrollo de la regulación que ella establece (reglamentos ejecutivos).

*- Interdicción de la arbitrariedad y principios generales del derecho*

Otro límite al ejercicio de la potestad reglamentaria es la adecuación a los hechos o, lo que es igual, el respeto por la realidad que trata de regular, lo que se enmarca en el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos a que hace referencia el artículo 9 de la Constitución española.

Esa regla se quiebra también cuando la legislación viola los principios generales del Derecho, que constituyen otro límite más al ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que a diferencia de las leyes, que encarnan de forma directa la voluntad popular, los reglamentos constituyen el ejercicio de una potestad limitada.

*- Jerarquía normativa*

El principio de jerarquía normativa se aplica, en primer lugar, a la relación entre la ley y el reglamento, de tal manera que la primera se coloca en una posición de neta primacía sobre el segundo, como emanación de la voluntad popular, frente al carácter vicarial y servicial que tiene la Administración pública, autora del segundo. Así, el artículo 128.2 de la Ley 39/2015 establece que "los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes".

En segundo lugar, los reglamentos se ordenan jerárquicamente entre sí según la posición en la organización administrativa del órgano que los dicta, sin que en ningún caso el reglamento dictado por el órgano inferior pueda contradecir al dictado por el superior de la misma Administración pública. En este sentido, el artículo 128.3 de la Ley 39/2015 señala que “las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior”.

De acuerdo con el artículo 24.2 de la Ley del Gobierno los reglamentos estatales se ordenan según la siguiente jerarquía: 1.º Disposiciones aprobadas por Real Decreto del Presidente del Gobierno o acordado en el Consejo de Ministros. 2.º Disposiciones aprobadas por Orden Ministerial.

El principio de jerarquía está igualmente recogido en el artículo 39 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, que ordena los reglamentos de la Administración autonómica gallega de la siguiente forma: a) Decretos aprobados por el Consejo de la Xunta de Galicia; b) Órdenes aprobadas por las Conselleiros.

En cambio, el principio de jerarquía no se aplica para ordenar entre sí las disposiciones reglamentarias que dictan las entidades locales, pues todas proceden del mismo órgano, el Pleno, y poseen el mismo rango, aunque los reglamentos orgánicos están dotados de especial rigidez por requerir su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación (artículo 47.2.f) de la Ley de bases del régimen local).

Tampoco se puede aplicar el principio de jerarquía para ordenar las relaciones entre reglamentos dictados por Administraciones públicas distintas, salvo cuando se trata de reglamentos estatales o autonómicos que desarrollan las leyes que delimitan el ámbito de autonomía y competencias de otros entes administrativos.

#### *- Principios de buena regulación*

El ejercicio de la potestad reglamentaria, al igual que el de la iniciativa legislativa del

Gobierno y los Consejos de Gobierno autonómicos, está sometido a los principios de buena regulación recogidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015, debiendo justificarse la adecuación a los mismos en el preámbulo del proyecto de reglamento. Esos principios son los siguientes:

- Necesidad y eficacia. La iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general, basarse en una identificación clara de los fines perseguidos y ser el instrumento más adecuado para garantizar su consecución.
- Proporcionalidad. La iniciativa que se proponga deberá contener la regulación imprescindible para atender la necesidad a cubrir con la norma, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios.
- Seguridad jurídica. La iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del Ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.
- Transparencia. Las Administraciones Públicas posibilitarán el acceso sencillo, universal y actualizado a la normativa en vigor y los documentos propios de su proceso de elaboración, en los términos establecidos en el artículo 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno; definirán claramente los objetivos de las iniciativas normativas y su justificación en el preámbulo o exposición de motivos; y posibilitarán que los potenciales destinatarios tengan una participación activa en la elaboración de las normas.
- Eficiencia. La iniciativa normativa debe evitar cargas administrativas innecesarias o accesorias y racionalizar, en su aplicación, la gestión de los recursos públicos. Además, cuando la iniciativa normativa afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, se deberán cuantificar y valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse al cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria y



sostenibilidad financiera.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de estos principios, el artículo 130 de la Ley 39/2015 prevé que las Administraciones públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar la medida en que las normas en vigor han conseguido los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el coste y las cargas impuestas en ellas. El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que se hará público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente.

Las Administraciones Públicas promoverán la aplicación de los principios de buena regulación y cooperarán para promocionar el análisis económico en la elaboración de las normas y, en particular, para evitar la introducción de restricciones injustificadas o desproporcionadas a la actividad económica.

En la misma línea, el artículo 132 de la Ley 39/2015 ordena que anualmente las Administraciones públicas hagan público un Plan Normativo que contendrá las iniciativas legales o reglamentarias que vayan a ser elevadas para su aprobación en el año siguiente. Una vez aprobado, el Plan Anual Normativo se publicará en el Portal de la Transparencia de la Administración pública correspondiente. El Plan Anual Normativo de la Administración general del Estado está regulado en el artículo 25 de la Ley del Gobierno y su grado de cumplimiento se reflejará en el informe anual de evaluación que contempla el artículo 28 de la misma ley.

#### *- Procedimiento*

Un límite o condición del ejercicio de la potestad reglamentaria viene dado por la necesidad de observar el procedimiento en cada caso establecido. En este sentido, esa exigencia puede considerarse de rango constitucional (artículo 105 de la Constitución española) cuando se determina que la ley regulará la audiencia de los ciudadanos directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

Esta previsión constitucional se desarrolla con carácter básico en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de manera común para el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley y reglamentos. Así, este precepto establece que, con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente, en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma acerca de los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa, la necesidad y oportunidad de su aprobación, los objetivos de la norma y las posibles soluciones alternativas regulatorias y no regulatorias.

Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y recabar cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá también recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

La consulta, audiencia e información públicas deberán realizarse de forma tal que los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberán ponerse a su disposición los documentos necesarios, que serán claros, concisos y reunir toda la información precisa para poder pronunciarse sobre la materia.

Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración general del Estado, la Administración autonómica, la Administración local o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen. Asimismo, la consulta pública podrá omitirse cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia. Si la normativa reguladora del ejercicio de la iniciativa legislativa o de la potestad reglamentaria por una

Administración prevé la tramitación urgente de estos procedimientos, la eventual excepción del trámite por esta circunstancia se ajustará a lo previsto en aquella.

El procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales está desarrollado en el artículo 26 de la Ley del Gobierno en los términos siguientes, igualmente aplicables a la elaboración de los anteproyectos de ley y de los proyectos de real decreto legislativo:

- Su redacción estará precedida de cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad de la norma.
- Se sustanciará una consulta pública, a través del portal web del departamento competente, con carácter previo a la elaboración del texto, en la que se recabará opinión de los sujetos potencialmente afectados por la futura norma y de las organizaciones más representativas acerca de los aspectos que prevé el artículo 133 de la Ley 39/2015. La consulta pública, de la que podrá prescindirse en los casos establecidos por este último precepto, deberá realizarse de tal forma que todos los potenciales destinatarios de la norma tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberá proporcionarse un tiempo suficiente, que en ningún caso será inferior a quince días naturales.
- El centro directivo competente elaborará con carácter preceptivo una Memoria del Análisis de Impacto Normativo, que deberá contener los siguientes apartados:
  - a) Oportunidad de la propuesta y alternativas de regulación estudiadas, lo que deberá incluir una justificación de la necesidad de la nueva norma frente a la alternativa de no aprobar ninguna regulación.
  - b) Contenido y análisis jurídico, con referencia al Derecho nacional y de la Unión Europea, que incluirá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la norma.
  - c) Análisis sobre la adecuación de la norma propuesta al orden de distribución de competencias.
  - d) Impacto económico y presupuestario, que evaluará las consecuencias de

su aplicación sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma, incluido el efecto sobre la competencia, la unidad de mercado y la competitividad y su encaje con la legislación vigente en cada momento sobre estas materias. Este análisis incluirá la realización del test Pyme de acuerdo con la práctica de la Comisión Europea.

e) Asimismo, se identificarán las cargas administrativas que conlleva la propuesta, se cuantificará el coste de su cumplimiento para la Administración y para los obligados a soportarlas con especial referencia al impacto sobre las pequeñas y medianas empresas.

f) Impacto por razón de género, que analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación de la norma desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto.

g) Un resumen de las principales aportaciones recibidas en el trámite de consulta pública.

- A lo largo del procedimiento de elaboración de la norma, el centro directivo competente recabará, además de los informes y dictámenes que resulten preceptivos, cuantos estudios y consultas se estimen convenientes para garantizar el acierto y la legalidad del texto. Según la propia Ley del Gobierno, son preceptivos:

- El informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio o Ministerios proponentes.
- El informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas cuando la norma pudiera afectar a la distribución de las competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas.
- El dictamen del Consejo de Estado cuando así lo establece la normativa

reguladora de éste, es decir, en el caso de las disposiciones reglamentarias que se dicten en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del Derecho comunitario europeo, así como de los reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones (artículo 22, número dos y tres, de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado).

- Asimismo, cuando la propuesta normativa afectara a la organización administrativa de la Administración General del Estado, a su régimen de personal, a los procedimientos y a la inspección de los servicios, será necesario recabar la aprobación previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas antes de ser sometidas al órgano competente para promulgarlos. Si transcurridos 15 días desde la recepción de la solicitud de aprobación por parte del citado Ministerio no se hubiera formulado ninguna objeción, se entenderá concedida la aprobación.
- Sin perjuicio de la consulta previa a la redacción del texto de la iniciativa, cuando la norma afecte a los derechos e intereses legítimos de las personas, el centro directivo competente publicará el texto en el portal web correspondiente, con el objeto de dar audiencia a los ciudadanos afectados y obtener cuantas aportaciones adicionales puedan hacerse por otras personas o entidades. Asimismo, podrá recabarse directamente la opinión de las organizaciones o asociaciones reconocidas por ley que agrupen o representen a las personas cuyos derechos o intereses legítimos se vieren afectados por la norma y cuyos fines guarden relación directa con su objeto.

El plazo mínimo de esta audiencia e información públicas será de 15 días hábiles, y podrá ser reducido hasta un mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. El trámite de audiencia e información pública sólo podrá omitirse cuando existan graves razones de interés público, que deberán justificarse en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Asimismo, no será de aplicación a las disposiciones presupuestarias o que regulen los órganos, cargos y autoridades del Gobierno o de las organizaciones dependientes o vinculadas a éstas.

- Cumplidos los trámites anteriores, la propuesta se someterá a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y se elevará al Consejo de Ministros para su aprobación.
- El Ministerio de la Presidencia, con el objeto de asegurar la coordinación y la calidad de la actividad normativa del Gobierno, analizará los distintos aspectos técnicos de la propuesta normativa.

Además, el artículo 27 de la Ley del Gobierno contempla la posibilidad de tramitación urgente de iniciativas normativas en el ámbito de la Administración general del Estado. Para que esta forma de tramitación se pueda aplicar, deberá acordarlo el Consejo de Ministros, a propuesta del titular del departamento al que corresponda la iniciativa normativa, y conllevará que los plazos previstos para la realización de los trámites del procedimiento de elaboración se reducirán a la mitad de su duración y que no será preciso el trámite de consulta pública, sin perjuicio de la realización de los trámites de audiencia pública o de información pública, cuyo plazo de realización será de siete días.

Una vez aprobada la norma por el órgano competente, para su entrada en vigor y producción de efectos jurídicos deberá ser publicada íntegramente en *Boletín Oficial del Estado*, tal como exige con carácter general el artículo 131 de la Ley 39/2015. La entrada en vigor se producirá en los términos previstos por el artículo 2.1 del Código civil, es decir, a los veinte días de la completa publicación de la norma en el *Boletín Oficial del Estado*, sin en ella no se establece otra cosa. No obstante, el artículo 23 de la Ley del Gobierno matiza que las disposiciones de entrada en vigor de las leyes o reglamentos cuya aprobación o propuesta corresponda al Gobierno o a sus miembros y que impongan nuevas obligaciones a las personas físicas o jurídicas que desempeñen una actividad económica o profesional como consecuencia del ejercicio de ésta preverán el comienzo de su vigencia el 2 de enero o el 1 de julio siguientes a su aprobación.

El procedimiento de elaboración de los reglamentos de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia se regula en el título II de la Ley organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, que lo divide en tres fases:

- Fase inicial. Será desarrollada dentro de la Consellería que tuviera la iniciativa normativa, requiriéndose para el inicio del procedimiento el acuerdo previo de la persona titular de la misma, a quien le competirá la aprobación inicial como proyecto. Las Consellerías publicarán en su página web la relación de los procedimientos de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general que estén en tramitación, tras la aprobación del anteproyecto.

- Fase intermedia. Dentro de la fase intermedia, deberá siempre emitirse un informe económico-financiero por la Consellería competente en materia de hacienda, debiendo aportarse cualquiera otros que sean exigidos por la legislación vigente o considerados oportunos por la Consellería que impulse el proyecto, incluyendo, si tuviera repercusiones en cuestiones de género, un informe sobre este particular.

Se regula la participación ciudadana en los términos establecidos para los reglamentos estatales, determinándose que no será necesaria para el caso de anteproyectos puramente organizativos. En el caso de afectar a la estructura orgánica, métodos de trabajo o cuestiones similares, se requerirá informe favorable de la Consellería o Consellerías con competencias en materia de administraciones y empleo públicos. En este último caso (empleo público), las materias recogidas en el artículo 37.1 del Estatuto básico del empleado público deberán ser negociadas en la Comisión de Personal.

- Fase final. El proyecto será sometido al informe de la Asesoría Jurídica General, emitiéndose a continuación informe por la Secretaría general técnica de la consellería impulsora y dictamen del Consello Consultivo de Galicia, cuando fuera preceptivo según su normativa reguladora. El titular de la consellería impulsora concluirá con una resolución mediante la cual decida desistir de la iniciativa, retrotraer el procedimiento o la aprobación definitiva del proyecto.

En el caso de los proyectos de órdenes, su aprobación conlleva la aprobación misma de la norma concluyendo el procedimiento.

En el caso de los proyectos de decretos, una vez aprobados definitivamente se

enviarán los proyectos a todas las Consellerías previamente a la reunión de la Comisión de Secretarios Generales Técnicos, que elevará el proyecto al Consello de la Xunta de Galicia, órgano competente para la aprobación del decreto. Será el Presidente de la Xunta quien dispondrá la publicación oficial.

Los reglamentos autonómicos deberán publicarse en el *Diario Oficial de Galicia*, y entrarán en vigor a los veinte días de su publicación, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

En lo que respecta a las entidades locales, el artículo 49 de la Ley de bases del régimen local establece que la aprobación de las ordenanzas locales se ajustará al siguiente procedimiento, aplicable igualmente a cualquier otro reglamento local:

- Aprobación inicial por el Pleno.
- Información pública y audiencia a los interesados por el plazo mínimo de treinta días para la presentación de reclamaciones y sugerencias.
- Resolución de todas las reclamaciones y sugerencias presentadas dentro del plazo y aprobación definitiva por el Pleno.

En el caso de que no se hubiera presentado ninguna reclamación o sugerencia, se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional.

De acuerdo con el artículo 70.2 de la Ley de bases del régimen local, las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publicarán en el "Boletín Oficial" de la Provincia y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.2 (quince días hábiles) salvo los presupuestos y las ordenanzas fiscales que se publican y entran en vigor en los términos establecidos en la legislación reguladora de las Haciendas locales.

#### - *Retroactividad*

Resulta indiscutible que los reglamentos deben respetar el principio de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales



que establece el artículo 9.3 de la Constitución. Fuera de esos casos, nuestro Ordenamiento jurídico no prohíbe expresamente que los reglamentos contengan normas retroactivas, pero contra tal posibilidad cabe aducir, de acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA, dos argumentos:

- El artículo 83 de la Constitución prohíbe que las leyes de bases faculten al Gobierno para dictar normas con carácter retroactivo, con lo que, si esto no se puede hacer cuando se produce una delegación legislativa de las Cortes, menos todavía cuando el Ejecutivo y la Administración ejercen su potestad normativa para emanar normas de rango reglamentario por iniciativa propia.
- El artículo 39.3 de la Ley 39/2015 sólo permite que se otorgue eficacia retroactiva a los actos administrativos en dos supuestos: cuando se dicten en sustitución de actos anulados y cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. Por analogía, tampoco se debería admitir la retroactividad de los reglamentos más que cuando se trate de normas favorables a los administrados, o bien nos hallemos ante reglamentos ejecutivos de leyes retroactivas (en este último supuesto, como es obvio, el efecto retroactivo derivaría de la ley y no del propio reglamento).

*- Principio de inderogabilidad singular*

El principio de inderogabilidad singular no opera como límite de la potestad reglamentaria propiamente dicho, sino como límite de la actuación administrativa en relación con los reglamentos vigentes. Su formulación se halla en el artículo 37.1 de la Ley 39/2015, según el cual las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general. Aparece también recogido en el artículo 39.4 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.

Es ésta una de las consecuencias más claras del principio de legalidad. Aunque la Administración disfruta de un poder reglamentario, que le habilita a promulgar y derogar

normas jurídicas, queda vinculada a lo que disponen esas normas de igual forma que cualquier sujeto. Por eso, no puede dispensar individualmente a nadie de la observancia de las reglas jurídicas, aunque sea ella las que las promulgó, ni tampoco puede la propia Administración dejar de aplicarlas en un caso singular. Asimismo, esta vinculación a la legalidad es más fuerte que los poderes derivados de la relación de jerarquía, por lo que el superior jerárquico no puede dejar de aplicar a un caso concreto la norma promulgada por el inferior.

De acuerdo con el artículo 37.2 de la Ley 39/2015, las resoluciones administrativas que vulneren este principio son nulas de pleno derecho.

### **III. REGLAMENTOS ILEGALES: SU IMPUGNACIÓN**

#### **1. REGLAMENTOS ILEGALES**

Como ya se ha indicado, para su validez los reglamentos deben de respetar una serie de límites de carácter material y formal. Cuando cualquiera de estos límites resulta traspasado, el reglamento en cuestión resultara viciado; en este sentido amplio hay que tomar la expresión reglamentos ilegales y no sólo en el más estricto de reglamentos contrarios a las leyes. La infracción por un reglamento de cualquiera de los límites citados traerá consigo la sanción de nulidad de pleno derecho, como establece el artículo 47.2 de la Ley 39/2015 ("también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales").

Se trata esta de una característica que diferencia al reglamento de los actos administrativos, donde la regla general es la anulabilidad, y ello tiene su fundamento, conforme señala la jurisprudencia y confirma el mayoritario sentir doctrinal, en que si la ilegalidad de un reglamento determinara una mera anulabilidad, quedaría al arbitrio de los particulares el mismo sistema de producción normativa.

Ahora bien, dado que el reglamento nulo puede tener cierta apariencia de legalidad, el

Ordenamiento jurídico se ha dotado de una serie de medios técnicos de reacción frente a los reglamentos ilegales.

## **2. LA INAPLICACIÓN DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES**

De acuerdo con el artículo 6 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial, “los jueces o tribunales no aplicarán reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

El Ordenamiento jurídico reacciona con medios enérgicos contra el grave ataque que frente a él supone la existencia de un reglamento ilegal. Por ese motivo, la mera publicación de un reglamento no impone sin más su aplicación; antes de llegar a ésta habrá que cuestionarse, por todos los destinatarios y sustancialmente por los jueces, si esa aplicación no implica una contradicción con las leyes, enjuiciamiento previo que, en su caso, habrá de conducir a rechazar la aplicación del reglamento con objeto de hacer efectiva la aplicación prioritaria de la ley por el violada.

En este sentido, conviene distinguir la inaplicación de la anulación. Anular una norma consiste en declarar imperativamente con efectos jurídicos erga omnes la invalidez de la misma. Los efectos de esta declaración se dirigen a todos los miembros de la comunidad jurídica, siendo permanentes y de vigencia indefinida. La anulación proporciona seguridad jurídica y economía procesal, en tanto que se produce la expulsión de la norma del ordenamiento de una vez y para siempre. En cambio, la inaplicación sólo produce efectos en el caso concreto, sin afectar a la vigencia de reglamento, que puede seguir siendo aplicado por la Administración en otros supuestos.

Así pues, la sola inaplicación judicial de un reglamento inválido, como consecuencia de su mera eficacia inter partes, podría crear cierta inseguridad jurídica. El escenario deseable en estos casos sería una pronta aclaración sobre la validez o invalidez del reglamento que no se aplica, y es que la seguridad jurídica siempre requiere la rápida anulación de los reglamentos inválidos.

En lo que se refiere a la inaplicación del reglamento en el seno de la propia Administración, la posición doctrinal mayoritaria conviene en reconocer que esta

posibilidad de inaplicación viene exigida por la celeridad y eficiencia con las que debe producirse la actividad administrativa. La Administración no puede interrumpir los procedimientos administrativos para proceder a iniciar una revisión de oficio o para impugnar los reglamentos ante los tribunales, puesto que los intereses afectados por las decisiones administrativas demandan, en la mayoría de las ocasiones, una decisión rápida, inmediata incluso, incompatible con la dilación de la adopción de los medios que se citan.

### **3. LA IMPUGNACIÓN Y ANULACIÓN DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES**

#### *- En vía administrativa*

La declaración de nulidad de los reglamentos con efectos erga omnes puede ser pronunciada, en primer lugar, por la propia Administración que ha dictado el reglamento ilegal, a través de la revisión de oficio de la norma. El artículo 106.2 de la Ley 39/2015 prevé que en cualquier momento las Administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.

En cambio, el artículo 112.3 de la Ley 39/2015 establece que contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa. Lo que sí se admite es la impugnación en vía administrativa un acto dictado en aplicación de un reglamento con fundamento en la ilegalidad de este último. Así, el propio artículo 112.3 de la Ley 39/2015 dispone que los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

#### *- En vía jurisdiccional*

Frente a la inaplicación de los reglamentos ilegales, que, como se ha visto, es un deber de todos los jueces y tribunales, la anulación de los mismos es competencia exclusiva de los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en los términos previstos por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. El tenor literal de su artículo 1 determina que los tribunales de este orden

jurisdiccional conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con las disposiciones generales de rango inferior a la ley, lo que reitera su artículo 25.

Hay dos formas de impugnar los reglamentos en la vía jurisdiccional contencioso-administrativa:

- Recurso contencioso-administrativo directo. Se plantea directamente contra el propio reglamento, en un plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada.
- Recurso contencioso-administrativo indirecto. De acuerdo con el artículo 26 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación. En este caso el plazo de interposición del recurso se cuenta desde el día siguiente a la notificación o publicación del acto de aplicación del reglamento.

En el caso de estimación de un recurso contencioso-administrativo indirecto contra un reglamento, el artículo 27 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativo establece que el Juez o Tribunal deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, con dos excepciones:

- Cuando el Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.
- Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.

- *En vía constitucional*

Los reglamentos no pueden ser objeto de recurso ni de cuestión de inconstitucionalidad, porque su constitucionalidad es controlada por los propios tribunales ordinarios, que, como ya se ha visto y a diferencia de lo que sucede con las normas con rango de ley, están plenamente facultados para inaplicarlos y, en su caso, anularlos con efectos erga omnes si contienen cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluidas las de carácter constitucional.

No obstante, hay dos vías que permiten cuestionar la constitucionalidad de los reglamentos ante el Tribunal Constitucional, en determinados supuestos:

- El artículo 161.2 de la Constitución faculta al Gobierno para impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades autónomas, impugnación que producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, aunque el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses. El artículo 76 de la Ley orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, concede para ello al Gobierno el plazo de los dos meses siguientes a la fecha de la publicación de la disposición o, en defecto de la misma, desde que llegare a su conocimiento. La impugnación se tramita por el procedimiento aplicable a los conflictos de competencias entre Estado y Comunidades autónomas o éstas entre sí, conflictos que también pueden suscitar las Comunidades autónomas para cuestionar ante el Tribunal Constitucional, por motivos exclusivamente competenciales, los reglamentos dictados por el Estado o por otra Comunidad autónoma.
- El artículo 43.1 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional determina que procede la interposición de un recurso de amparo contra las violaciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30 de la Constitución originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, una vez que se agotó la vía judicial procedente. Por consiguiente, los reglamentos que vulneren los derechos y libertades protegidos por el recurso de amparo pueden ser objeto de este último.

#### **IV. REGLAMENTOS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES**

Existen normas que aunque no proceden de las Administraciones públicas comparten con los reglamentos la misma denominación; es el caso singular y atípico de las normas que rigen los órganos constitucionales como son las Cortes Generales, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Aunque comparten el nombre con las anteriores disposiciones, son significativas las diferencias que median entre unas y otras. Por una parte, su origen, ya que aquí se trata de disposiciones procedentes de órganos constitucionales muy concretos y no del poder ejecutivo como es el supuesto general. Por otra parte, su ámbito: los reglamentos de estos órganos constitucionales regulan solo ciertos aspectos de los mismos, como manifestación de su autonomía frente al Gobierno, mientras que los reglamentos administrativos abordan todos los aspectos externos que la ley no pudo o no quiso regular.

##### **1. LOS REGLAMENTOS DE LAS CÁMARAS LEGISLATIVAS**

En el caso de las Cámaras legislativas, los reglamentos internos de las mismas son una manifestación de su poder de autoorganización, que se reconoce expresamente en el artículo 72 del texto constitucional cuando determina que las Cámaras establecen sus propios reglamentos.

Algunos autores entienden que se trata de auténticas leyes en la medida en que proceden del Poder legislativo y enlazan directamente con la norma constitucional, que es su antecedente y único límite. El hecho de que su producción no requiera el concurso de las dos cámaras en nada mengua su identidad de naturaleza con respeto a las demás leyes, pues su posición en el Ordenamiento es la misma que la de estas, con independencia de que por su objeto no puedan exceder del ámbito interno de funcionamiento parlamentario.

En contra de esta postura, otro sector de la doctrina afirma que los reglamentos de las Cámaras, aunque son actos del Poder legislativo, no son leyes en sentido formal, puesto que no son aprobados por ambas las cámaras, no son sometidos a la sanción del Jefe del Estado ni objeto de promulgación.

La importancia del reglamento parlamentario viene derivada de su contenido. En ellos se recogen decisiones importantes para la vida del Estado, ya que establecen, entre otros, los procedimientos de aprobación de las leyes, del desarrollo de los debates parlamentarios y de la resolución de la moción de censura y cuestión de confianza.

Su relación con las leyes debe explicarse no en función del principio de jerarquía sino del principio de competencia, es decir en función del ámbito material que la Constitución les reserva. En este sentido, puede mantenerse que los reglamentos de las cámaras forman parte del parámetro de constitucionalidad en el sentido de que una ley puede ser inconstitucional si no se elaborara conforme lo determinado en estos reglamentos.

El procedimiento de elaboración de los reglamentos viene previsto en el art. 72.1 de la Constitución, que exige que su aprobación y reforma tenga lugar por mayoría absoluta de la cámara implicada en votación final sobre el texto completo.

En lo relativo a su control, cabe apuntar que el artículo 27 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional dispone que los reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales y los reglamentos de las asambleas legislativas de las Comunidades autónomas son susceptibles de recurso de inconstitucionalidad. Por tanto, esta potestad autonormativa, como se ha venido señalando, está sujeta a la propia Constitución, principio que no hace más que recoger lo dispuesto en el art. 9.1 de la misma, según el cual los poderes públicos están sujetos a la norma suprema y al resto del Ordenamiento.

## **2. REGLAMENTOS DICTADOS POR OTROS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES**

En el caso de los reglamentos dictados por órganos constitucionales (Consejo General del Poder Judicial y Tribunal Constitucional), no cabe, en nuestro Ordenamiento jurídico, otorgarles la naturaleza jurídica de las leyes, ya que ni proceden del órgano legislativo ni se ordenan a la Constitución de modo directo, sino a través de las leyes orgánicas correspondientes, aunque expresan, eso sí, la autonomía e independencia funcional de los órganos de los que proceden y a los que, de este modo, se quiere poner a cubierto de eventuales injerencias del Ejecutivo. Es el caso de los reglamentos que sobre su propio funcionamiento y organización, así como sobre el régimen de su personal y servicios, puede dictar el Tribunal Constitucional, según prevé el artículo 2.2 de la Ley orgánica del



Tribunal Constitucional.

Lo mismo cabe decir de los reglamentos que, al amparo del art. 560.1.16ª de la Ley orgánica del Poder judicial y en el desarrollo de las previsiones contenidas en esta última, puede dictar el Consejo General del Poder Judicial sobre una serie de materias relativas a la organización y funcionamiento interno del propio órgano, así como de los órganos jurisdiccionales, siempre con el límite de que no podrán afectar o regular directa o indirectamente los derechos y deberes de personas ajenas al Poder judicial.

Los proyectos de reglamentos de desarrollo se someterán a informe de las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados y de las corporaciones profesionales o asociaciones de otra naturaleza que tengan reconocida legalmente representación de intereses a los que puedan afectar. Se dará intervención a la Administración del Estado, por medio del Ministerio de Justicia, y a las de las Comunidades autónomas siempre que una y otras tengan competencias relacionadas con el contenido del reglamento o sea necesario coordinar éstas con las del Consejo general. Se recabarán las consultas y los estudios previos que se consideren pertinentes y un dictamen de legalidad sobre el proyecto.

En todo caso, se elaborará un informe previo de impacto de género.

El Ministerio Fiscal será oído cuando le afecte la materia sobre la que verse el proyecto.

Finalmente, estos reglamentos serán aprobados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial y publicados en el *Boletín Oficial del Estado*.

## **BIBLIOGRAFÍA**

DE OTTO Y PARDO, IGNACIO: *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Ariel, Barcelona, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

MELERO ALONSO, E: "El concepto de reglamento en nuestra Constitución, desde una

comprensión paradigmática del Derecho”, *Cuadernos Const de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 38/39, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, I, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 3**

**EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GALICIA:  
LEYES DE GALICIA. DECRETOS LEGISLATIVOS.  
REGLAMENTOS. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL  
EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS  
AUTONÓMICAS. APLICACIÓN DEL DERECHO  
GALLEGO.**

### **TEMA 3. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GALICIA: LEYES DE GALICIA. DECRETOS LEGISLATIVOS. REGLAMENTOS. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS. APLICACIÓN DEL DERECHO GALLEGO.**

#### **I.- EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE GALICIA**

La Constitución Española configuró un modelo de estado descentralizado, como así lo consagra su artículo 2º al reconocer el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones, modelo que reitera el artículo 137 en el que se reconoce a las Comunidades Autónomas la autonomía para la gestión de sus propios intereses.

Así se hace necesario dotar a las Comunidades Autónomas de competencias que posibiliten el autogobierno, a fin de que el principio constitucional de autonomía no se convierta en una mera descentralización administrativa. La potestad legislativa se configura como el máximo exponente de la autonomía.

En la actual distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas se atribuye a estas últimas tanto la ejecución del ordenamiento estatal como la facultad para elaborar y dictar sus propias leyes.

A este respecto las listas de competencias de la Constitución, y del mismo modo las de los Estatutos de Autonomía, aunque parecen cerradas y claras no lo son. En comparación con el modelo anglosajón, nuestro sistema de reparto se caracteriza por el hecho de establecer un catálogo de competencias distribuidas en dos listas y no simplemente una reserva competencial en favor del Estado y una cláusula abierta para las Comunidades Autónomas.

Cada Comunidad Autónoma podrá legislar en las materias o competencias que figuran relacionadas en el artículo 148 del texto constitucional, y que sean asumidas en su estatuto, debiendo respetar en todo caso los límites fijados en el artículo 149 del mismo texto, que establece el catálogo de materias para las que el Estado se reserva competencia exclusiva.

Las normas emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas tienen el mismo rango que las leyes estatales. De este modo no se encuentran

jerárquicamente sometidas a estas, sino que se rigen por el principio de competencia. Así estarán sometidas sólo a la Constitución y a los respectivos Estatutos de Autonomía, en la medida en que no son un simple desarrollo reglamentario de las normas estatales.

## **I. 1.- LEYES DE GALICIA**

El artículo 10 del Estatuto de Autonomía de Galicia establece que, entre otras, son funciones del Parlamento de Galicia ejercer la potestad legislativa de la Comunidad Autónoma. Se considerarán leyes de Galicia las normas que con el mencionado rango sean aprobadas por el Parlamento de Galicia.

El artículo 13 del Estatuto de Autonomía, en relación con esta potestad legislativa que se encomienda al Parlamento, establece las siguientes previsiones:

- La iniciativa legislativa corresponde a los/las Diputados/as, al Parlamento y a la Xunta. La iniciativa legislativa popular para la presentación de proposiciones de ley, que deban ser tramitadas por el Parlamento de Galicia, se regulará por éste mediante ley que respete las previsiones establecidas en la Ley Orgánica prevista en el artículo 87.3 de la Constitución Española.
- Las leyes de Galicia serán promulgadas en nombre del rey por la Presidencia de la Xunta de Galicia y publicadas tanto en el Diario Oficial de Galicia como en el Boletín Oficial del Estado. A este respecto deberá tenerse en cuenta que, a efectos de la entrada en vigor de las leyes de Galicia, regirá la fecha de su publicación en el Diario Oficial de Galicia.
- El control de la constitucionalidad de cualquiera de las leyes del Parlamento de Galicia corresponderá al Tribunal Constitucional.

Para el estudio del procedimiento legislativo en la Comunidad Autónoma de Galicia deberemos estar sujetos a las previsiones establecidas en el Reglamento del Parlamento de Galicia.

Como ya establecía el propio Estatuto de Autonomía de Galicia, la iniciativa legislativa corresponde:

- 1.- A los/las Diputados/-as (uno con la firma de otros cuatro) y a los Grupos Parlamentarios.

2.- A la Xunta de Galicia

3.- A los ciudadanos a través de la iniciativa legislativa popular.

► La iniciativa legislativa popular se encuentra desarrollada en la Ley 1/1988, de 19 de enero (DOG de 27 de enero de 1988). Esta ley del Parlamento de Galicia debe ser respetuosa con las previsiones contenidas en la Ley Orgánica que regula la iniciativa legislativa popular, y a la que hace referencia el artículo 87.3 del Texto Constitucional (la L.O. 3/1984, del 26 de marzo –BOE núm. 74, del 27 de marzo- reguladora de la Iniciativa Legislativa Popular, modificada por la L.O. 4/2006, del 26 de marzo – BOE núm. 126, del 28 de marzo-).

Los ciudadanos mayores de edad, que disfruten de la condición política de gallegos y se encuentren oportunamente inscritos en el censo electoral pueden ejercer la iniciativa legislativa. Esta iniciativa legislativa se ejercerá mediante la presentación de proposiciones avaladas por la firma de al menos 15.000 ciudadanos, en los que deberán concurrir las características citadas.

La iniciativa legislativa popular no puede ejercitarse de manera absoluta desde un punto de vista sustancial sino que existen, al igual que en el ordenamiento estatal, una serie de materias que le están vedadas. Así no es posible ejercer la iniciativa popular en los siguientes casos:

- Materias no atribuidas a la competencia de la Comunidad Autónoma.
- Desarrollo básico del Estatuto y materias que requieran para su aprobación el voto favorable de una mayoría cualificada.
- Materias que tengan naturaleza presupuestaria y tributaria.

El procedimiento deberá iniciarse mediante la presentación en el Registro del Parlamento de Galicia de un escrito dirigido a la Mesa

Una vez recibida, la Mesa del Parlamento se encargará de examinarla, debiendo resolver sobre la admisión en el plazo de un mes. Procederá la inadmisión de la proposición en cualquiera de los casos que a continuación se relacionan:

- Que tenga por objeto alguna de las materias que están excluidas de la iniciativa legislativa popular.

- Que el escrito de presentación no reúna todos los requisitos formales exigidos para el ejercicio de la iniciativa.
- Que exista en el Parlamento un previo proyecto o proposición de ley, siempre que verse sobre lo mismo objeto.
- Que sea una reproducción de otra iniciativa popular, conteniendo un objeto igual o substancialmente equivalente.

Una vez realizado el trámite de admisión de la proposición, la Mesa comunicará este hecho a la Xunta Electoral de Galicia, quien será la competente para garantizar la regularidad del procedimiento de recogida de firmas por la Comisión Promotora.

La Comisión Promotora contará con un plazo de 4 meses para proceder a la recogida de las firmas necesarias, este plazo será prorrogable, con justa causa, por tres meses más. Transcurrido el plazo concedido sin que se produzca la entrega de firmas, se entenderá caducada la iniciativa.

Una vez se produzca la entrega de firmas, la Xunta Electoral procederá tanto al recuento de las mismas, como al examen de su validez. En caso de que todo resultara correcto procederá a remitir a la Mesa del Parlamento una notificación, a fin de que esta última ordene la publicación de la proposición en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia, para la posterior tramitación común.

► Procedimiento legislativo común

**Proyectos de ley**

Los proyectos de ley son remitidos a la Cámara por la Xunta de Galicia. Los textos de los proyectos que se envíen deberán acompañarse de una exposición de motivos y de todos los antecedentes necesarios que posibiliten el pronunciamiento.

La Mesa del Parlamento será el órgano competente para ordenar la publicación, la apertura del plazo de presentación de enmiendas y, oída la Xunta de Portavoces, remitir el proyecto para que se tramite en la Comisión correspondiente.

En lo que respecta a las enmiendas deberá establecerse el siguiente:

- Una vez publicado el proyecto de ley, los diputados y grupos parlamentarios tendrán un plazo de quince días para presentar enmiendas al mismo mediante un escrito dirigido a la Mesa de la Comisión. El escrito deberá firmarse por el portavoz del grupo al que pertenezca el diputado o persona que lo sustituya.
- Las enmiendas pueden ser a la totalidad o al articulado.
- Serán enmiendas a la totalidad las que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto de ley presentado y postulen su devolución a la Xunta de Galicia, o las que propongan un texto alternativo al del proyecto. Solo podrán ser presentadas por los Grupos Parlamentarios o por un/una Diputado/-a con la firma de otros cuatro.
- Las enmiendas al articulado podrán ser de supresión, de modificación o de adición. En el caso de modificación o adición deberán contener el texto completo que se proponga.
- Las disposiciones adicionales, finales, derogatorias o transitorias tendrán la consideración de artículo, al igual que el título de la ley, las firmas de cualquiera de las partes en que se sistematice, la propia ordenación sistemática y la exposición de motivos.
- La tramitación de las enmiendas que supongan un aumento de los créditos o una disminución de los ingresos presupuestarios requerirá de la conformidad de la Xunta de Galicia. El plazo para que la Xunta emita una respuesta razonada será de 15 días, transcurrido este plazo sin respuesta deberá entenderse que expresa su conformidad.
- Si no se produjera la consulta a la que hacemos referencia en el punto anterior, la Xunta podrá manifestar su disconformidad con la tramitación de enmiendas que supongan aumento de créditos o disminución de ingresos presupuestarios, en cualquier momento de la tramitación.
- Las enmiendas que impliquen disminución de ingresos tributarios y no estén sujetas a la necesidad de conformidad de la Xunta de Galicia para su tramitación, además de los requisitos de carácter general, deberán proponer una baja correlativa en los gastos.

Si se presentaran enmiendas a la totalidad se procederá al debate de totalidad en el Pleno del Parlamento de Galicia. Terminada la deliberación el/la Presidente/-a del



Parlamento someterá a votación todas las enmiendas a la totalidad defendidas, para lo cual se comenzara por aquellas que propongan la devolución del proyecto a la Xunta de Galicia.

En caso de que se acordara la devolución del proyecto, este quedara rechazado y el/la Presidente/a del Parlamento lo comunicara a la Presidencia de la Xunta de Galicia. En caso contrario se remitirá el texto a la Comisión para que se prosiga con su tramitación.

Si el Pleno del Parlamento aprobara una enmienda a la totalidad de las que proponen un texto alternativo, se dará traslado de este a la Comisión que corresponda, publicándose en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia. Se procederá en estos casos a abrir un nuevo plazo de presentación de enmiendas, toda vez que estas solo podrán formularse sobre el articulado. Finalizado el debate de totalidad, si lo hubiera, y en todo caso finalizado el plazo de presentación de enmiendas, la Comisión nombrara en su seno, uno o varios relatores con la finalidad de que a la vista del texto y de todas las enmiendas presentadas al articulado redacte un informe en el plazo de 15 días. Este plazo puede ser objeto de prórroga por la Mesa de la Comisión cuando la trascendencia o complejidad del proyecto de ley que se tramita así lo exijan.

Una vez finalizado el informe de la ponencia, comenzara el debate del texto en Comisión, examen que se realizara artículo por artículo. Durante esta discusión la Mesa de la Comisión podrá admitir nuevas enmiendas a tramite siempre que tengan como propósito alcanzar un acuerdo por aproximación entra enmiendas ya formuladas y el texto del artículo. Para el caso de que la Comisión acuerde incorporar la exposición de motivos como preámbulo de la ley, las enmiendas presentadas en relación con la exposición se discutirán al final del articulado.

En los debates realizados en el seno de la Comisión, la Presidencia de la Mesa de la Comisión ejercerá las funciones que se confieren a la Presidencia y a la Mesa del Parlamento.

El dictamen de la Comisión sera remitido al/la Presidente/-a del Parlamento para proceder a la tramitación que proceda, una vez firmado por el/-la Presidente/-a y el/la Secretario/a de la misma.

Los Grupos Parlamentarios y los/las Diputados/-as, dentro de las 48 horas siguientes a

la fecha de final del dictamen, deberán comunicar los votos particulares y las enmiendas que pretendan defender en el Pleno, después de que sean votadas en el seno de la Comisión y no se incorporaran al dictamen, mediante escrito que deberá dirigirse al/la Presidente/-a del Parlamento. El debate en el Pleno del Parlamento comenzara por la presentación del dictamen realizado, durante un tiempo de 10 minutos, por el/-la Presidente/-a de la Comisión (función que puede ser delegada en otro/-a diputado/-a). A continuación cada uno de los Grupos Parlamentarios dispondrá sucesivamente de un turno de 15 minutos para explicar su posición sobre el contenido del dictamen de la Comisión y, si fuera el caso, defender las enmiendas y votos particulares que no se incorporaron al texto del mismo. El debate se cerrara con otro turno de 5 minutos en el que cada uno de los Grupos Parlamentarios definirá su posición sobre las enmiendas y los votos particulares defendidos por el resto de los grupos.

La Presidencia del Parlamento someterá a votación las enmiendas y los votos particulares, incorporando al texto aquellos que resultaran aprobados. Durante el debate la Presidencia podrá admitir aquellas enmiendas destinadas a enmendar errores o incorrecciones técnicas, terminologías o gramaticales.

Por ultimo, la Presidencia de la Cámara someterá a votación el dictamen de la Comisión con todas las enmiendas y los votos particulares que fueran objeto de incorporación al texto.

El Gobierno podrá retirar un proyecto de ley en cualquier momento de su tramitación ante el Parlamento siempre que no recayese el acuerdo final de la Cámara.

### **Proposiciones de ley**

Las proposiciones de ley podran ser presentadas por:

- Un/una Diputado/-a con la firma de otros cuatro miembros del Parlamento.
- Un Grupo Parlamentario con la firma de su portavoz.

Se presentaran acompañadas de una exposición de motivos y de todos los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellas. Presentado el texto de la proposición de ley, la Mesa del Parlamento ordenara su publicación y su remisión a la

Xunta de Galicia para que manifieste su criterio con respecto de la toma en consideración, así como su conformidad o no a la tramitación en caso de que esta implicara aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios. Transcurridos 15 días sin que la Xunta se pronunciase, o negase expresamente su conformidad para la tramitación de la proposición presentada, esta podrá ser incluida en el orden del día del Parlamento para su toma en consideración.

En caso de que la Xunta se pronunciase sobre la tramitación de la proposición de ley, previo al inicio del debate, se dará lectura a lo manifestado por el Gobierno. El debate se ajustará al lo establecido para los de totalidad. Una vez finalizado el/a Presidente/-a del Parlamento preguntará si la Cámara toma o no en consideración la proposición de ley presentada. En caso afirmativo, será la Mesa del Parlamento la que acuerde su envío a la Comisión competente y la apertura del correspondiente plazo para la presentación de enmiendas.

La proposición seguirá el mismo trámite establecido para los proyectos de ley, correspondiendo a uno de los diputados/-as o a un miembro del Grupo Parlamentario de los que ejercieron la iniciativa, la presentación ante el Pleno del Parlamento.

En lo que respecta **a las proposiciones de ley que traigan causa en el ejercicio de la iniciativa legislativa popular**, como ya se estableció cuando procedimos a su examen, tienen como característica de procedimiento el hecho de que, previa a su tramitación, serán objeto de examen por la Mesa del Parlamento, con la finalidad de comprobar si cumplen los requisitos establecidos para este tipo de iniciativa. En lo que respecta a la tramitación posterior se ajustarán a lo previsto para el resto de las proposiciones de ley, con las especificidades que puedan derivarse de las normas que regulan la iniciativa legislativa popular.

El proponente podrá decidir retirar cualquier proposición de ley mientras no se acuerde la toma en consideración. Una vez tomada en consideración la retirada solo podrá hacerse efectiva si la aceptara el Pleno del Parlamento.

► Procedimientos legislativos especiales

**Proyectos y Proposiciones de ley de desarrollo básico del Estatuto de Autonomía**

La iniciativa legislativa parlamentaria con respecto de las materias de desarrollo básico del Estatuto de Autonomía tiene como particularidad que la Mesa del Parlamento, de acuerdo con la Junta de Portavoces y por iniciativa de dos Grupos Parlamentarios o una quinta parte de los/de las Diputados/-as, puede decidir que en estas materias la iniciativa parlamentaria sea ejercida por los grupos parlamentarios. Estos proyectos y proposiciones seguirán el procedimiento legislativo común.

Las leyes de desarrollo básico que prevé el Estatuto de Autonomía requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento de Galicia en una votación final de totalidad. De no conseguirse la mayoría necesaria, la Comisión deberá emitir un nuevo dictamen en el plazo de un mes. El debate sobre el nuevo dictamen emitido se ajustará a lo establecido para los debates de totalidad. Si en votación se obtuviera el voto favorable de la mayoría absoluta se considerará aprobado el texto, en caso contrario deberá entenderse rechazado de forma definitiva.

La modificación o derogación de este tipo de leyes requerirá igual el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento en una votación final de totalidad.

**Proyecto de ley de Presupuestos**

Para las fases de examen, enmienda y aprobación de los Presupuestos de la Comunidad Autónoma será de aplicación el procedimiento legislativo común. Con todo lo anterior el Proyecto de ley de Presupuestos disfruta de preferencia con respecto de la tramitación de los demás trabajos de la Cámara.

Las enmiendas al proyecto que hagan referencia a aumentos de crédito para un concepto solo podrán admitirse si se acompañan de una baja de igual cuantía en la misma sección. Las enmiendas que tengan como objeto la minoración de ingresos deberán ser remitidas a la Xunta de Galicia, con el fin de que informe sobre las mismas en el plazo de 15 días.

El debate de totalidad del Proyecto de ley de Presupuestos será único, para lo cual se acumularan en el mismo las enmiendas de devolución global o la de cualquier sección o centro gestor de gasto. Solo estas enmiendas tendrán efectos devolutivos para el proyecto.

El Presidente de la Comisión y el de la Cámara, de acuerdo con las respectivas Mesas, podrán ordenar los debates y las votaciones en la forma que mas se adecue a la estructura del presupuesto. El debate final de los presupuestos en el Pleno del Parlamento se desarrollara diferenciando el conjunto del articulado de la ley y cada una de sus Secciones.

Todo lo dispuesto anteriormente será aplicable para la tramitación y la aprobación de los presupuestos de los entes públicos de la Xunta de Galicia, para los que la ley establece la necesidad de aprobación del parlamento.

### **La reforma del Estatuto de Autonomía**

Los proyectos o proposiciones de reforma del Estatuto de Autonomía a que se hace referencia en los artículos 56 y 57 del texto del propio Estatuto se tramitaran de acuerdo con las normas establecidas para los proyectos y proposiciones de ley de desarrollo básico del Estatuto de Galicia, y requerirán para su aprobación el voto favorable de las 2/3 partes de los miembros del Parlamento.

Aprobado el proyecto de reforma, el presidente del Parlamento se lo remitirá a las Cortes Generales para su tramitación ulterior.

### **Competencia Legislativa de las Comisiones**

El Pleno del Parlamento por mayoría de 2/3, a propuesta de la Mesa de la Cámara, de acuerdo con la Junta de Portavoces o a iniciativa de esta, puede delegar en las Comisiones la aprobación de proyectos y proposiciones de ley. Con todo lo anterior, no podrán ser aprobados en Comisión los que hagan referencia a:

- Leyes de desarrollo básico del Estatuto de Autonomía
- La reforma del Estatuto

En cualquier momento el Pleno del Parlamento puede reclamar el debate y votación de

cualquier proyecto o proposición que hubiese sido objeto de delegación. Esta iniciativa puede ser tomada por la Mesa de Parlamento, por dos grupos parlamentarios o por una quinta parte de sus diputados/-as.

Salvo el debate y votación en Pleno para la tramitación, se aplicara el procedimiento legislativo común habida cuenta lo siguiente: Una vez se reciba el texto, la Comisión deberá nombrar un ponente constituido por un miembro de la Comisión perteneciente a cada Grupo Parlamentario. Para el debate en Comisión del informe del ponente se aplicaran las normas generales. El Pleno de la Comisión seguirá el tramite que se prevé para la deliberación en el Pleno de la Cámara.

### **Tramitación de un proyecto de ley en lectura única**

Sera el Pleno de la Cámara, previa propuesta de la Mesa del Parlamento, oída la Junta de Portavoces o a iniciativa de esta, el que podrá acordar que un proyecto de ley se tramite directamente y en lectura única ante el Pleno o Comisión. Deberán concurrir las siguientes circunstancias:

- Que la naturaleza del proyecto lo aconseje
- Que la simplicidad del planteamiento del proyecto lo permita

Adoptado el acuerdo anterior se procederá al debate, según las reglas establecidas para los de totalidad, y finalmente el conjunto del proyecto sera sometido a única votación.

## **I. 2.-DECRETOS LEGISLATIVOS**

La Constitución Española prevé en su artículo 82 la posibilidad de que las Cortes Generales deleguen en el Gobierno del Estado la potestad para dictar normas con rango de ley, estas disposiciones, según el artículo 85 del mismo texto, reciben el título de Decretos Legislativos.

La misma solución fue adoptada por el Estatuto de Autonomía de Galicia que, en su artículo 10 posibilita que el Parlamento de Galicia pueda delegar la potestad legislativa solo en la Xunta, delegación que deberá efectuarse en los términos que establecen los artículos 82, 83 y 84 de la Constitución para el supuesto de la delegación legislativa de las

Cortes Generales al Gobierno.

En desarrollo de este precepto la Ley 1/ 1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y de su Presidencia (DOG núm. 23, de 21 de marzo), modificada por la Ley 11/1988 (DOG núm. 208, de 8 de octubre), la Ley 2/2007 del 28 de marzo (DOG núm. 72 , de 13 de abril) y por la Ley 12/2007, del 27 de julio (DOG núm. 153, de 8 de agosto, por la que se también se modifica la Ley 9/1995 de 10 de noviembre del Consejo Consultivo de Galicia) contempla y regula la elaboración de los Decretos Legislativos por el ejecutivo autonómico.

La norma mencionada en el anterior párrafo atribuye a la Xunta de Galicia la potestad de dictar Decretos Legislativos en los supuestos de delegación expresa del Parlamento. La delegación deberá otorgarse:

- Mediante una Ley de Bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados.
- Mediante una Ley Común cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.

Las Leyes de Bases delimitaran con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio. En ningún caso podrán autorizar a la Xunta de Galicia para modificar la propia Ley de Bases ni para dictar normas con carácter retroactivo.

Las Leyes Ordinarias de autorización para refundir textos legales determinaran el ámbito normativo al que se refiere el contenido de la delegación. Especificaran si se circunscribe a la mera formulación de un texto único, o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deban ser refundidos.

No podrán ser objeto de delegación en la Xunta de Galicia:

- La regulación del régimen electoral de la Comunidad Autónoma
- La aprobación del presupuesto
- Las leyes institucionales o de desarrollo básico del Estatuto

- Las que por su naturaleza requieran mayoría cualificada para su aprobación

La delegación legislativa deberá de otorgarse a la Xunta:

- De forma expresa
- Para una materia concreta
- Con fijación de plazo para su ejercicio
- No se puede entender concedida de forma implícita, ni por tiempo indefinido.
- No se podrá permitir la subdelegación a favor de autoridades distintas de la propia Xunta.

El control de los Decretos Legislativos se llevara a cabo en los términos previstos en el Reglamento del Parlamento de Galicia, sin perjuicio de lo cual, las leyes de delegación, podrán establecer, para cada caso, formulas adicionales de control parlamentario. Cuando una proposición de ley o una enmienda sea contraria a una delegación legislativa en vigor, la Xunta de Galicia esta facultada para oponerse a su tramitación. En este caso podrá presentarse una proposición de ley para la derogación parcial o total de la ley de delegación. La delegación se entenderá agotada con la publicación por parte de la Xunta de Galicia de la norma correspondiente.

Los Decretos Legislativos son la única posibilidad de delegación legislativa a favor del ejecutivo en la Comunidad Autónoma de Galicia. En el ámbito estatal se recogió la posibilidad de que el Gobierno pudiera dictar disposiciones legislativas provisionales bajo la forma de Decretos-Leyes, en casos de extraordinaria y urgente necesidad, pero esta formula no fue prevista en el articulado del Estatuto de Autonomía de Galicia.

### **I.3.- REGLAMENTOS.**

Podemos definir el reglamento como una disposición administrativa general, con rango inferior a la ley y subordinada a la misma, que emana del poder ejecutivo en virtud de la atribución de la potestad reglamentaria. El artículo 4 de la Ley 1/1983 de la Xunta y de su Presidencia, establece como atribución de la Xunta de Galicia aprobar los reglamentos



para el desarrollo y ejecución de las Leyes de Galicia, así como las de las Leyes del Estado, cuando la competencia de ejecución corresponda a la Comunidad Autónoma, en virtud del Estatuto de Autonomía o por delegación o transferencia. La potestad reglamentaria de la Xunta se establece en los artículos 37 y siguientes de la misma norma. Adoptaran la forma de

**Decreto:**

1. Las disposiciones generales aprobadas por el Consello de la Xunta de Galicia.
2. Las resoluciones del Consello de la Xunta en los siguientes supuestos:
  - Reglamentos para el desarrollo y ejecución de las leyes de Galicia, así como las del Estado cuando la competencia de ejecución corresponda a la Comunidad Autónoma.
  - Medidas reglamentarias para ejecutar tratados y convenios internacionales, en lo que afecte a materias atribuidas a la Comunidad Autónoma.
  - Resolver conflictos de competencias entre diversas Consellerías.
  - Nombrar y cesar, a propuesta de los conselleiros, a los altos cargos de la Administración Pública Gallega de rango igual o superior a director/-a general.
  - Crear, modificar o suprimir las Comisiones Delegadas de la Xunta.
  - Determinar la estructura orgánica superior de las Vicepresidencias y de las Consellerías de la Xunta de Galicia.
  - Designar a los representantes de la Comunidad Autónoma en los organismos, instituciones financieras y empresas públicas del Estado.
  - Tomar conocimiento de las resoluciones del Parlamento y adoptar, en su caso, las medidas que procedan.
3. Las siguientes resoluciones de la Presidencia de la Xunta:
  - Disolver el Parlamento y convocar elecciones

- Crear, modificar o suprimir, las Vicepresidencias, si las hubiere y las Consellerías.
- Encomendar a un/una vicepresidente/-a o conselleiro/-a que se encargue del despacho de una Consellería o de la propia Presidencia, en caso de ausencia, enfermedad o impedimento de su titular.

Se estará, en lo que se refiere al ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de la Administración y del Gobierno de Galicia, a lo establecido en el Título II (artículos 37 y siguientes) de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia (*DOG*. núm. 251, de 31 de diciembre) que regula en su Título I el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Según la norma que se cita le corresponde a la Xunta de Galicia la titularidad y el ejercicio de la potestad reglamentaria de la comunidad Autónoma, reconociéndole a las personas titulares de las consellerías la competencia para dictar disposiciones administrativas de carácter general en lo que respecta a la organización y materias propias del departamento.

Las instrucciones emitidas por los órganos y entidades instrumentales públicas no se consideraran en ningún caso disposiciones emitidas en ejercicio de la potestad reglamentaria.

Serán decretos las normas reglamentarias aprobadas por el Consejo de la Xunta de Galicia y ordenes las aprobadas por las personas titulares de las consellerías.

Los decretos se firmaran por el presidente de la Xunta y serán refrendados por el titular de la consellería competente por razón de la materia. En el caso de competencias coincidentes la propuesta le corresponderá a los conselleiros interesados, con el refrendo del conselleiro de la Presidencia.

Las ordenes se firmaran por la persona titular de la consellería que corresponda, en caso de que interesen a más de una serán firmadas conjuntamente por los conselleiros afectados.

Las disposiciones de carácter reglamentario tienen la siguiente orden jerárquica:

1º-Decretos aprobados por el Consejo de la Xunta de Galicia

2º-Ordenes aprobadas por las consellerías o conselleiros.

Los límites de la potestad reglamentaria en Galicia son los mismos que los establecidos con carácter general para todas las normas de la misma naturaleza.

En cuanto al control de las disposiciones reglamentarias de la Xunta de Galicia, el artículo 153 c) del texto constitucional, establece que el control de las disposiciones reglamentarias de las Comunidades Autónomas compete a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, y así se reconoce en el artículo 1 de la propia Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*BOE* núm. 167, de 14 de julio).

## **II.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS**

La Constitución Española reconoció en su artículo 2º el principio de autonomía de las nacionalidades y regiones, estableciendo un modelo de estado descentralizado. Reconoce que las Comunidades Autónomas y las entidades locales disfrutan de autonomía para la gestión de sus propios intereses, y para eso se les dota de una serie de competencias propias que les permiten autogobernarse.

El sistema de reparto de competencias que establece el texto constitucional es el denominado de doble lista. Las competencias exclusivas del Estado figuran relacionadas en el artículo 149, mientras que las materias sobre las que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias figuran en el artículo 148. Existe por tanto una atribución directa de competencias al Estado y facultativa con respecto de las Comunidades Autónomas. Como complemento a lo anterior habrá de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 148.2 de la Constitución que prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, transcurridos cinco años, puedan ampliar el ámbito de sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149, a este respecto las Comunidades Autónomas constituidas al amparo del artículo 151 y disposición transitoria segunda no necesitan esperar los cinco años exigidos.

El Estatuto de Autonomía de Galicia determina el catálogo de competencias y su régimen jurídico dentro de su Título II. Las mismas se pueden agrupar:

- **Competencias Exclusivas:** son aquellas en que la Comunidad Autónoma ejerce, con exclusión de todos los demás entes, las competencias sobre una determinada materia.

Aparecen relacionadas en los artículos 27, 30, 31 y 32 del Estatuto de Autonomía.

Habrà que hacer distinción, dentro del listado anterior de competencias, entre exclusividad absoluta y relativa, en el sentido de que la primera categoría (absoluta) identifica a aquellas materias en las que no se prevé relación o conexión con las competencias estatales (como por ejemplo, la artesanía), y la segunda (relativa) identifica a aquellas competencias que deben definirse en su alcance y extensión por referencia y confrontación con las del artículo 149.1 de la Constitución (como por ejemplo, obras publicas que no tengan la calificación legal de interés general del Estado).

En cuanto a las competencias exclusivas como resulta lógico, su ámbito funcional es total e incluye toda suerte de competencias legislativas, reglamentarias y ejecutivas, no encontrándose otro limite que el respeto a la Constitución Española y al Estatuto de Autonomía. En concordancia con lo expresado, la redacción del artículo 37 del Estatuto de Autonomía cuando determina que, con respecto de estas competencias, le corresponde al Parlamento la potestad legislativa en los términos previstos en el Estatuto y en las Leyes del Estado a las que el mismo se refiere, correspondiéndole a la Xunta la potestad reglamentaria y la función ejecutiva.

- Competencias Compartidas: Aquellas en las que la Comunidad Autónoma y el Estado pueden ejercer competencias sobre una misma materia.

Dentro de las competencias compartidas hablaremos de competencias de desarrollo y ejecución, que figuran relacionadas en los artículos 28, 30.1 apartado 7, 33 y 34 del Estatuto, y competencias de solo ejecución, que se corresponden con las establecidas en los artículos 29 y 33.3 del Estatuto de Autonomía. Las competencias de ejecución en la Comunidad Autónoma llevan implícita la correspondiente potestad reglamentaria, la administración y la inspección.

En los supuestos recogidos en los artículos 28 y 29 del Estatuto, referentes a competencias de desarrollo y ejecución o de sola ejecución de la legislación del Estado, o en otros supuestos del Estatuto que tengan análogo carácter, el ejercicio de esas potestades por la Comunidad Autónoma se realizara de conformidad con las normas reglamentarias de carácter general que, en desarrollo de su legislación, dicte el Estado. En este sentido parece quedar la competencia autonómica de ejecución restringida a

facultades de gestión, administración e inspección.

Con respecto de la redacción dada a los artículos 148 y 149 habrá de determinarse que la Constitución cuando enumera las competencias propias de las Comunidades Autónomas no lo hace excluyendo del todo la intervención estatal, ya que en muchos casos deberá de tenerse presente el marco establecido por el Estado. Del mismo modo actúa al enumerar las competencias exclusivas del Estado, pues lo cierto es que en muchas de ellas se contempla la expresión “sin perjuicio de...” que opera a favor del derecho autonómico. La toma en consideración de lo anterior nos lleva a concluir que en no pocos casos las competencias exclusivas a menudo se convertirán en compartidas, entre las esferas del poder estatal y autonómico, aunque operando en distinto grado y nivel según cual sea la materia a la que se haga referencia.

En la STC 69/1988, del 19 de abril (LA LEY 103806-NS/0000), sobre conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Nación contra el decreto sobre etiquetaje de productos que se comercializan en Cataluña, el Tribunal declaró que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia controvertida.

Con respecto del ámbito de aplicación espacial las competencias de la Comunidad Autónoma de Galicia se entienden referidas a su territorio. Eso implica que las normas, legales o reglamentarias, que integran el derecho propio de Galicia será de aplicación solo al territorio gallego.

### **III.- APLICACIÓN DEL DERECHO GALLEGO**

A este respecto habrá de estarse a la regulación establecida en el artículo 38 del Estatuto de Autonomía de Galicia cuando establece lo siguiente:

1.- En materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de Galicia es aplicable en el territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos previstos en el Estatuto.

2.- A falta de Derecho propio de Galicia, será de aplicación supletoria el Derecho del Estado.

3.- En la determinación de las fuentes del Derecho Civil se respetarán por el Estado las normas de Derecho civil gallego.

Estas previsiones deberán ser puestas en conexión con la cláusula residual del artículo 149.3 de la Constitución Española, en la que se establece:

1.- Las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivos estatutos.

2.- La competencia sobre las materias que no se asumieron por los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no este atribuido a la exclusiva competencia de estas.

3.-El Derecho estatal, será en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas.

Tomando en consideración las determinaciones anteriores podemos extraer distintas conclusiones:

- Las competencias que el texto constitucional no recoge como exclusivas del Estado pueden ser asumidas por la Comunidad Autónoma de Galicia en su estatuto. Así les será aplicable el Derecho propio de Galicia, en su carácter de exclusivas, tanto a las competencias del artículo 148 que sean asumidas, como las que no se recojan expresamente en el artículo 149 y que fueran objeto de asunción por la Comunidad Autónoma de Galicia.

- Las competencias no asumidas por la Comunidad Autónoma de Galicia, ya sean de las incorporadas al artículo 148 o de las que puede asumir por no estar contempladas en el artículo 149, corresponderán al Estado. En este caso se determina por la Constitución una prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico para el caso de conflicto. En cualquier caso, es decir, aun hablando de competencias exclusivas de la Comunidad Autónoma gallega, el Derecho estatal es siempre supletorio del Derecho Gallego.

En lo que respecta a la referencia final del artículo 38 (que dice que el Derecho estatal, será en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas) debe entenderse hecha al deber de respeto por el Estado, quien tiene competencia exclusiva en materia de legislación civil (art. 149.1.8 de la Constitución Española), de las normas que constituyen el Derecho Civil gallego como fuente del Derecho Civil estatal, lo que es

equiparable a su reconocimiento como conjunto normativo integrante del ordenamiento jurídico del Estado en materia civil.

Al hablar de Derecho Civil Gallego nos estaremos refiriendo al contenido en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (*BOE* núm. 191, del 11 de agosto). Una de las grandes novedades de esta Ley es el cambio del sistema de fuentes, dándole una posición predominante a la ley y desplazando a los usos y costumbres que antaño representaban la primera fuente del derecho civil gallego. En su exposición de motivos se justifica este cambio en la necesidad de constitucionalizar jurídicamente normas consuetudinarias que permitan que el texto sea una expresión completa de su derecho civil. Así, en su primer artículo se establece que las fuentes del derecho civil de Galicia son la ley, la costumbre y los principios generales que integran e informan el ordenamiento jurídico gallego. La costumbre pasa a regir solo en ausencia de ley gallega aplicable, y en ausencia de ley y costumbre se aplicara supletoriamente el derecho civil general del Estado, siempre que no se oponga a los principios del ordenamiento jurídico gallego.

Las novedades mas importantes que recoge, en el ámbito material, son:

- Prevalencia de la ley sobre la costumbre en el sistema de fuentes.
- Regulación de la protección de los menores en situaciones de desamparo y de la adopción.
- Posibilidad de la autotutela en previsión de una situación de incapacidad futura.
- Nueva y mas extensa regulación de figuras típicas del Derecho Civil de Galicia.
- Reconocimiento de los mismos derechos de los cónyuges a las parejas de hecho y los matrimonios entre personas del mismo sexo.
- Reducción de la legítima de los descendientes y del cónyuge viudo.

Abundando en lo anterior la propia redacción del artículo 149 donde la competencia genérica exclusiva del Estado sobre legislación civil encuentra su límite en la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan. En todo caso tendrá competencia el Estado en lo que atañe a las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, formas de

matrimonio, ordenación de registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas de resolución de conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respecto, en este ultimo caso, a las normas del derecho foral o especial. Es necesario tener presente la aplicabilidad de lo determinado en el Título Preliminar del Código Civil en lo que respecta a las fuentes del derecho, entrada en vigor y derogación de las leyes, irretroactividad, publicación, aplicación, interpretación, equidad, analogía, aplicación de leyes penales, excepcionales y temporales, computo de plazos, entre otras.

El artículo 149.3 de la Constitución Española establece que la competencia sobre las materias que no se asumieron por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas, en todo lo que no este atribuido a la exclusiva competencia de estas. Se trata de la denominada **cláusula de prevalencia según** la cual las normas estatales prevalecen en caso de conflicto sobre las de las Comunidades Autónomas, cuando no se trate de competencias atribuidas en exclusiva a estas ultimas.

No se trata, en contra de lo que puede parecer, de una manifestación de la supremacía del derecho estatal sobre el autonómico, es decir, de una relación de jerarquía, puesto que eso supondría quebrar la base de nuestro sistema competencial, articulado en torno al principio de competencia. Por esta razón cabe dudar de la utilidad de esta regla, pues puede servir como instrumento de resolución provisional de conflictos por parte de la justicia ordinaria, pero el Tribunal Constitucional resolverá el litigio atendiendo al principio natural del sistema competencial, es decir, al principio de competencia y al bloque de constitucionalidad, conjunto normativo delimitador de competencias.

Siguiendo con el examen del mismo artículo, y en lo que respecta a la cláusula de supletoriedad , éste determina que el derecho estatal será, en todo caso, supletorio, del derecho de las Comunidades Autónomas.

Una primera interpretación del contenido de la cláusula de supletoriedad partía de su configuración como título competencial, de forma que el Estado podía regular materias de exclusiva competencia autonómica con el sólo y único fin de crear Derecho supletorio. Con todo lo anterior la evolución de la interpretación llevó a considerar posteriormente que esta regla no puede conferir título alguno al Estado para que pueda regular materias



de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, so pena de incurrir en causa de inconstitucionalidad.

El derecho propio de cada Comunidad Autónoma es un conjunto de normas e instituciones que son aplicables en su territorio. Este ordenamiento habrá de ser completo o pleno en relación con el ámbito competencial propio. Para eso no es necesario que consiga abarcar todo lo que necesita ser regulado en cada momento, sino que deberá tender a eso mediante la habilitación de mecanismos capaces de dar solución jurídica a los supuestos que se presenten, es decir, debe disponer de medios de integración aptos que permitan dar respuesta a los vacíos y lagunas, nos referimos con eso a la utilización de la fórmula de autointegración.

Así, el adecuado funcionamiento de la cláusula de supletoriedad supondría comprobar la condición de ausencia normativa que necesita solución jurídica dentro del sistema autonómico, y la incapacidad de utilizar las técnicas de auto integración. Habría que localizar el sector del ordenamiento estatal que regula la respectiva materia y comprobar la acomodación de este, en lo que fuese posible, a los principios propios del Derecho autonómico que se pretende suplir.

En lo que respeta a la utilización de la cláusula de supletoriedad como título competencial habrá de determinarse que esta equiparación resulta de todo incorrecta en tanto que la competencia está orientada a establecer un régimen de distribución de materias y la supletoriedad está ordenada a servir de regla integradora de lagunas. Afirmar o negar una competencia normativa del estado sobre una materia utilizando como base la regla de supletoriedad no es posible, puesto que no cabe sostener la existencia de una potestad estatal de regulación general en cualquier materia al margen del principio de competencia, ni puede crear derecho estatal con la única misión de servir de derecho supletorio al de las Comunidades Autónomas.

Sobre el principio de prevalencia véase la STC 1/2003, del 16 de enero y sobre el principio de supletoriedad (régimen estatutario de los funcionarios públicos y el marco general de distribución de competencias entre la Comunidad Autónoma de Extremadura y el Gobierno de la Nación), en lo relativo al principio de supletoriedad, véase la STC 118/1996, del 27 de junio (sobre interpretación del mismo y de la potestad de

coordinación en el conflicto en la ordenación del transporte en Cataluña), referencia LA LEY 106591/2003 y 8076/1996, respectivamente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- De Otto y Pardo, I.: “La prevalencia del derecho estatal sobre el derecho regional”, Revista Española de Derecho Constitucional , núm. 2, 1991.
- Doménech Pascual, G.: Revista de Administración Pública , núm. 155, 2001.
- Lasagabaster Herrarte, I.: Los principios de supletoriedad y prevalencia del derecho estatal respecto al derecho autonómico , Civitas, Madrid, 1991.
- García Pérez, M.: Manual de dereito Galego , EGAP Santiago de Compostela, 1996.
- Begoña López Puertas, B.: El sistema competencial de Galicia: Autonomía y Federalismo , EGAP, Santiago de Compostela, 2008.
- Vicente Garrido Mayol, V.: “Sinopsis artículo 149”, [www.Congreso.es/consti/constitución/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo....](http://www.Congreso.es/consti/constitución/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo....) , 2003.
- <http://laleydigital.laley.es/Content/Busqueda.aspx>

**FRANCISCO MIGUEL CASTRO ALLEGUE**

TEMA REVISADO POR **ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO**

LETRADO HABILITADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 4.**

**LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA:  
CONCEPTO Y SUJETOS DE LA RELACIÓN  
JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. LAS  
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL  
ADMINISTRADO. SU CAPACIDAD JURÍDICA Y  
DE OBRAR. LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL  
ADMINISTRADO EN GENERAL. SITUACIONES  
JURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO:  
POTESTADES DEL ADMINISTRADO.  
SITUACIONES JURÍDICAS PASIVAS:  
SITUACIÓN DE SUJECCIÓN Y DEBER DEL  
ADMINISTRADO.**

## **TEMA 4. LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y SUJETOS DE LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. EL ADMINISTRADO. SU CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR. LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO EN GENERAL. SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DEL ADMINISTRADO. SITUACIONES JURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUJECCIÓN Y DEBER DEL ADMINISTRADO.**

### **1. LA RELACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA: CONCEPTO Y SUJETOS**

#### **1.1. Introducción**

La relación jurídico-administrativa es la consecuencia lógica de la existencia de dos personas jurídicas: por un lado la propia de la Administración Pública y la del administrado.

La relación jurídico-administrativa se puede definir como aquel tipo de relación jurídica que se entabla entre una Administración pública y otro sujeto, que puede ser un particular (al que tradicionalmente se le denomina “administrado” cuando se inserta en una relación jurídica de esta clase), o bien otra Administración pública.

La relación jurídico-administrativa, como un modo del concepto general de relación jurídica, requiere que, como hemos visto, al menos uno de los sujetos participantes en la misma sea una Administración Pública y que, además, dicha relación se encuentre regulada por el Derecho Administrativo. No obstante lo anterior, no podemos afirmar que todas las relaciones jurídico-administrativas presupongan una relación social preexistente que posteriormente sea regulada por el Derecho Administrativo: la Administración Pública, en tanto que creación artificial, supone en ocasiones la configuración *ex novo* por una norma de la relación jurídica, que de otro modo, no nacería de forma espontáneamente del entramado social, tal y como sucede, por ejemplo, en el caso de las relaciones entre la Administración Tributaria y los sujetos pasivos de un determinado impuesto.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la Administración pública no siempre actúa en el tráfico jurídico sujeta a su régimen jurídico propio y específico, que es el

Derecho administrativo, sino que en ocasiones lo hace sometida al Derecho privado. En tales ocasiones, las relaciones jurídicas que entabla con otros sujetos no tendrán la consideración de relaciones jurídico-administrativas, sino de relaciones jurídico-privadas. En estos supuestos de relaciones jurídicas ajenas al Derecho Administrativo (civiles, mercantiles, laborales) aunque en ellas sea parte la Administración, ésta carece de la posición jurídica de supremacía que le otorgan las prerrogativas propias del ordenamiento jurídico-administrativo.

Esa actuación de la Administración pública en régimen jurídico- privado se produce generalmente en tres ámbitos: cuando la Administración recurre a las formas de personificación del Derecho privado; en la contratación de su personal en régimen laboral; en la adquisición o enajenación de bienes y servicios a través de contratos privados.

A pesar de todo, en estos casos la formación de la voluntad de la Administración se rige igualmente por el Derecho administrativo, de manera que cabrá separar ese momento previo de la posterior relación jurídica que se entabla según las normas del Derecho privado (teoría de los actos separables).

En las relaciones jurídico-administrativas con los administrados, la Administración se presenta como *potentior persona*, dotada de una serie de potestades y prerrogativas jurídicas, entre las que destaca el privilegio de autotutela declarativa y ejecutiva, que la colocan en una posición de superioridad sobre aquéllos.

No obstante, la actuación administrativa sujeta al Derecho administrativo está sometida también a una serie de limitaciones para garantizar el interés público y los derechos e intereses legítimos de los administrados, como la obligatoriedad de observar el procedimiento legalmente establecido.

El art. 38 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, establece que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, y el art. 39.1 añade que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

En el mismo sentido, el artículo 98.1 señala que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que se produzca la suspensión de la ejecución del acto, se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición, una disposición establezca lo contrario o se necesite aprobación o autorización superior. En consecuencia, según el art. 99, las Administraciones públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales.

Desde el punto de vista del control jurisdiccional, las relaciones jurídico-administrativas pertenecen con carácter general al ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, de acuerdo con lo que disponen los arts. 9.4 de la Ley orgánica del Poder judicial y 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Según este último, los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación.

## **1.2. Objeto de la relación jurídico-administrativa**

Para ENTRENA CUESTA, constituyen el objeto de la relación jurídico-administrativa los actos o las conductas humanas (prestaciones como el desempeñar una actividad funcional o la del servicio militar), así como las cosas o bienes materiales (por ejemplo el aprovechamiento por parte de un concesionario de un bien de dominio público), en cuanto son integrantes de un bien jurídico tutelado por la norma.

Así pues el contenido u objeto de esta relación jurídico-administrativa se puede integrar en dos grandes grupos: las prestaciones y las cosas. Las primeras pueden ser de la Administración hacia los administrados (por ejemplo, los servicios públicos) o de éstos, los administrados, en favor de aquélla (prestaciones personales de tipo obligatorio). Por su

parte, las relaciones jurídico-administrativas relativas a las cosas o bienes materiales incluyen tanto las relaciones que puedan existir sobre el dominio público como las derivadas del régimen de la propiedad privada.

Los derechos y obligaciones derivados de la relación jurídico-administrativa no constituyen propiamente su objeto, debiendo entenderse que se van a integrar en el propio contenido de la misma. Así el contenido de la relación concesional, en cuanto se refiere al dominio público, comprende el derecho del concesionario al uso y aprovechamiento del bien concedido, así como el deber de conservar la cosa con la diligencia necesaria.

### **1.3. Nacimiento de la relación jurídico-administrativa.**

El nacimiento de la relación jurídico-administrativa puede tener su origen en una norma, bien de forma directa, bien indirecta, o también originarse en hechos jurídicos. El más importante de esos hechos lo constituye el acto administrativo.

El origen normativo directo se produce cuando la relación jurídica surge sin que intervenga la Administración. Por su parte, la relación nace indirectamente de una norma cuando, si bien existe una intervención de la Administración, la actuación de ésta tiene un carácter reglado, supuesto del otorgamiento de una ayuda o subvención por una producción agrícola, de manera que el origen inmediato de la relación se encuentra en una norma, mientras que el directo o inmediato viene dado por la actuación administrativa en la que se concreta y se concede la cantidad a entregar.

Resulta normal que la relación jurídico-administrativa surja de hechos, actos o negocios jurídicos y de forma singular de actos administrativos. También es frecuente que tenga su origen en cierto tipo de negocios jurídicos que, al contrario que el acto administrativo, no tienen naturaleza unilateral, como sucede en el caso de los contratos administrativos.

Por último, la relación jurídico-administrativa nace de actuaciones fácticas o de hecho de la Administración que, carentes de cobertura o amparo normativo, inciden de forma ilegal en la esfera jurídica del administrado, constituyendo la denominada vía de

hecho (por ejemplo, la ocupación de un bien sin la previa incoación de expediente expropiatorio) e incluso la inactividad administrativa cuando la Administración no atiende el deber legal de actuación, pasividad que puede consistir en una inobservancia de un deber positivo de actuar.

#### **1.4. Modificación de la relación jurídico-administrativa**

Por otro lado, la relación jurídico-administrativa puede ser objeto de modificación, que puede recaer bien sobre los sujetos que intervienen en la misma (modificaciones subjetivas), bien sobre el objeto o el contenido de la misma (modificaciones objetivas)

Las primeras pueden afectar tanto al particular como a la propia Administración. En el caso de que afecte al particular se suele efectuar a través de la cesión por éste de la posición jurídica de la que es titular, aunque debe matizarse que la regla general es la de la intransmisibilidad de los derechos y obligaciones. En cambio la modificación subjetiva que afecta a la Administración Pública se da, entre otros supuestos, en el caso de fusión de entes públicos o transferencia de funcionarios estatales a las Comunidades Autónomas.

Las modificaciones de carácter objetivo pueden deberse tanto a la Administración Pública como al administrado, si bien lo más corriente o frecuente es que sea la propia Administración la que realice tal modificación. Así, por ejemplo en materia de contratación administrativa la Administración puede modificar cualquiera de los elementos objetivos en ejercicio del denominado *ius variandi* (derecho de modificación), si bien con la obligación de mantener el equilibrio económico de la relación contractual. Asimismo, aunque menos frecuente, también puede el administrado incidir en el contenido de la relación jurídico-administrativa, tal y como sucede en el caso de imposición de sanciones cuya cuantía varía en función de que el pago se produzca en un determinado período; por tanto, la cuantía de la sanción puede variar en función de la conducta del administrado sancionado.

#### **1.5. Extinción de la relación jurídico-administrativa**

La relación jurídico-administrativa puede extinguirse y esta extinción puede producirse de forma normal o anormal. En el caso de extinción de forma normal, ésta se produce cuando se realiza el objeto de la relación jurídico-administrativa (se ejecuta la



obra pública, se percibe el importe de la subvención, se paga la multa...), mientras que la extinción de forma anormal trae su causa en la desaparición o deficiencia sobrevenida de alguno de los presupuestos o elementos de la relación jurídica ( muerte del funcionario, agotamiento del yacimiento objeto de la concesión otorgada por la Administración...).

## **2. LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

La personificación de la Administración resulta explícita en el ordenamiento jurídico en vigor. Así resulta del art. 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que se señala que “cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”. El art. 2.1 considera Administraciones Públicas a la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las anteriores.

De manera similar, el art. 1.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa establece que, a efectos del control jurisdiccional que ejercen los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo, se entiende por Administraciones públicas la Administración general del Estado, las Administraciones de las Comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local y las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades autónomas o las Entidades locales.

De ello se deduce que no hay una sola Administración pública, sino una pluralidad de Administraciones públicas, titulares todas ellas de relaciones jurídico- administrativas .Como hemos visto, junto a la Administración del Estado se alinean las de las Comunidades autónomas, las Administraciones locales (provincias, municipios, otras entidades locales), todas y cada una de las cuales dotadas de su propia personalidad jurídica independiente, y una serie de entidades institucionales o corporativas igualmente personificadas.

Dentro de ellas se puede hacer una primera división, a la vez horizontal, mediante el principio constitucional de competencia y la separación de dos órdenes políticos

separados, el del Estado y el de las Comunidades autónomas, y vertical, por la concentración en el orden del Estado de los poderes políticos superiores o soberanos (arts. 1.2 y 149.1 de la Constitución). A su vez, están las autonomías constitucionalmente garantizadas, que son la Administración local (arts. 137, 140 y 141 de la Constitución) y las Universidades (art. 27.10), con una posición peculiar.

Alrededor de esos órdenes administrativos territoriales (Estado, Comunidades autónomas, Administraciones locales) giran todas las demás Administraciones, que son, en este sentido, Administraciones “menores”, sometidas a un encuadramiento más o menos intenso, pero efectivo, en las primeras.

Así, a través del sistema constitucional que integra las dos instancias superiores y asegura la resolución de sus conflictos (art. 161 de la Constitución y arts. 59 y sigs. de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional ), y de la supremacía que a éstas corresponde sobre las Administraciones menores, a través de las técnicas de integración y eventualmente de tutela, y, en el caso de los entes institucionales, de instrumentalidad, toda la galaxia administrativa se reconduce a una unidad estructural y sistemática. El principio constitucional de coordinación (art. 103.1) es expresión de este principio organizativo, correlativo de la unidad global del Estado (GARCÍA DE ENTERRÍA).

El art. 3 de la Ley 40/2015 reitera que las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Añade, además, que deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:

- a) Servicio efectivo a los ciudadanos.
- b) Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
- c) Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
- d) Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las

actividades

materiales de gestión.

e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.

f) Responsabilidad por la gestión pública.

g) Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.

h) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.

i) Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.

j) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

k) Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones Públicas.

## **2.1 Tipología de los Entes Públicos**

Una clasificación de los entes públicos que integran la administración Pública, según SANTAMARÍA PASTOR ha de elaborarse siguiendo dos criterios esenciales el de la esencialidad y el de la instrumentalidad.

Una primera categoría de personas publicas corresponde con lo que hemos denominado como entes territoriales, a los que dicho autor denomina como entes políticos primarios. Junto a éstos y dependientes de ellos para la gestión descentralizada de sus funciones y con la nota común de ser instrumentos operativos filiales de los entes políticos primarios nos encontramos con los denominados entes instrumentales. Las notas que los distinguen son las siguientes:

a) En cuanto a su organización, los entes políticos primarios se estructuran normalmente bajo fórmulas democrático-representativas de las personas o población que las integra. Los entes instrumentales se estructuran normalmente bajo fórmulas burocráticas de gestión, es decir como entidades al servicio de los

entes públicos primarios.

b) En cuanto a la base personal, los entes públicos primarios desarrollan su actividad respecto de la totalidad de personas que se encuentran físicamente en su territorio. Los entes instrumentales tienen como destinatarios de su actividad colectivos sectoriales de personas identificadas por datos objetivos (pensionistas respecto del Instituto Nacional de la Seguridad Social) o carecen de destinatarios. En ocasiones pueden tener como destinatarios a la totalidad de la población, pero solo en un aspecto concreto de su vida personal.

c) En cuanto a sus fines, los entes instrumentales se rigen por el principio de especialidad: se constituyen para el desempeño de una función o conjunto de funciones delimitadas y específicas fuera de las cuales carecen de competencia para actuar. Por el contrario, los entes públicos primarios se basan en el principio de la generalidad y carácter potencialmente expansivo de sus fines

d) En cuanto a los medios, la supremacía natural de los entes políticos primarios implica que sean ellos titulares originarios de potestades públicas superiores como la potestad reglamentaria, la expropiatoria, la sancionadora, la de planificación, etc., potestades éstas que sólo de forma excepcional y por expresa atribución legal pueden ejercitar los entes instrumentales.

### **2.1.2. Entes políticos primarios.**

La determinación de cuales sean esos entes en el Derecho español requiere distinguir los tres niveles territoriales en que nuestro Estado se estructura:

a) El primer escalón es el nivel estatal. De un lado, la Constitución parece atribuir dicha personalidad al Estado (arts. 132.3, 133.3, 135.2). Sin embargo, la legislación ordinaria parece haber optado por una solución diversa atribuyendo dicha personalidad a la Administración general del Estado (art. 3.4 de la Ley 40/2015 en relación con el art. 2).

b) La personificación a nivel territorial y regional está constituido por las Comunidades Autónomas. Lo cierto es que la Constitución no atribuye de una forma

explícita y clara personalidad jurídica a las Comunidades Autónomas. En un primer momento, unos Estatutos de Autonomía optaron por personificar a la Administración Autonómica, otros por la tesis opuesta. Sin embargo, las leyes del Gobierno y Administración de todas las Comunidades, inspirándose en la legislación estatal, han reconocido de forma unánime la personalidad jurídica única de la Administración de la Comunidad Autónoma respectiva.

c) La personificación a nivel territorial y local, se encuentra en lo que a Municipios y Provincias se refiere en la propia Constitución (arts. 140 y 141.1). Nada se dice en ella de respecto de la personalidad de las islas. Sin embargo, no ofrece duda alguna, por cuanto cada una de las islas desempeña en los archipiélagos las funciones y competencias de la Diputación Provincial. En contraste con lo que ocurre con los niveles territoriales superiores, no se plantea en éste dudas acerca de la atribución de personalidad jurídica a todo o parte de los entes locales.

### **2.1.3. Entes instrumentales**

Junto a la estructura vertical de los entes políticos primarios, una observación de la realidad no pone de manifiesto la existencia de un conjunto de personificaciones jurídicas que dependen de ellos. Además de su carácter instrumental, al que ya hemos aludido, este conjunto de entes se caracteriza por su extraordinaria heterogeneidad. Dentro de esta heterogeneidad podemos distinguir dos clases:

a) Entes de base corporativa. Estos están constituidos por un grupo de personas públicas o privadas organizadas en el interés común de todas ellas y con la participación de las mismas en su administración. El sostenimiento económico de esta entidades corre a cargo de los propios miembros a través de derramas, cuotas, contribuciones, aportaciones de capital, etc. GARCÍA DE ENTERRÍA distingue dos clases: las denominadas Corporaciones territoriales (las entidades locales) y las denominadas Corporaciones sectoriales de base privada. En este último supuesto nos encontramos con personas asociadas alrededor de alguna finalidad específica. Por consiguiente, la cualidad de miembros de estas Corporaciones está determinada por una condición objetiva que hace relación al fin corporativo específico: una

cualidad profesional (Colegios Profesionales), la condición de regante o usuario de un aprovechamiento colectivo de aguas públicas (comunidad de usuarios de aguas), la cualidad de comerciante o industrial (Cámaras de comercio), la cualidad de propietario del suelo afectado por la ejecución de un plan de urbanismo (Juntas de Compensación). Por ultimo, están las Corporaciones Interadministrativas, que pueden estar formadas por entes homogéneos, como las Mancomunidades de Municipios, y las formadas por entes heterogéneos (Estado y entidades locales, entes locales y entes institucionales del Estado, Comunidades Autónomas con cualquiera de ellos, agrupadas bajo el nombre de consorcios).

b) Entes de base institucional. La institución es un conjunto de medios personales y materiales afectados por el fundador (en el caso que nos ocupa una Administración territorial primaria) para la gestión de una determinada finalidad propuesta por la entidad creadora y cuya organización y funcionamiento quedan determinados por la voluntad del fundador. Estas entidades ofrecen un panorama notablemente más complejo debiendo distinguirse tres categorías principales:

- Organismos públicos. Engloba a su vez cuatro tipos diversos, cuya característica común es la de estar constituidos bajo una forma pública de personificación, como son los organismos autónomos, las entidades públicas de carácter empresarial, las agencias y las entidades gestoras de la Seguridad Social.
- Sociedades públicas. Son entidades constituidas bajo forma privada de personificación (normalmente sociedades anónimas) y creadas ya por la Administración del Estado, por las Comunidades Autónomas o por los entes locales para la realización de actividades de naturaleza industrial o comercial.
- Fundaciones del sector público. Esta categoría engloba un conjunto de supuestos de carácter heterogéneo de personas jurídicas constituidas o intervenidas a posteriori por un ente público bajo la forma privada de fundación.

## **2.2 Capacidad de los entes públicos y sus límites**

Puesto que todos esos entes públicos son personas jurídicas, poseen capacidad, es decir, aptitud genérica para estar y actuar en el tráfico jurídico. Para SANTAMARÍA PASTOR, tal capacidad ostenta tres caracteres principales:

- a) Se rige por el principio de generalidad en los entes políticos primarios, los cuales pueden emprender cualquier tipo de actividad jurídica tendente a actualizar los valores y principios constitucionalmente consagrados con el límite de las competencias que les atribuya el ordenamiento jurídico. La de los entes instrumentales se inspira en el principio de especialidad, estando expresamente limitadas a las que expresamente les confieran sus normas reguladoras.
- b) La capacidad de los entes públicos no se encuentra limitada a ninguna rama del Derecho, por lo que pueden realizar todo tipo de actos, tanto de Derecho público como de privado, salvo que las normas establezcan lo contrario o lo impida el régimen jurídico al que están sujetos.
- c) No existen entre los entes públicos supuestos de capacidad limitada o restringida. En determinados supuestos, el acto de un ente no es válido sin la autorización o aprobación de otro, pero no implica que el autor del acto sea de capacidad limitada, sino que la ley exige, por razones de cautela, de coordinación o de aplicación de intereses de distinto nivel, la concurrencia de dos voluntades para la validez de un acto.

En cuanto a los límites a la capacidad de los entes públicos, existen, en primer lugar, límites derivados del principio de legalidad. El sometimiento pleno a la ley y el derecho (art. 103.1 de la Constitución) que caracteriza en nuestro sistema constitucional a las Administraciones Públicas implica dos tipos de condicionamientos o límites a la capacidad de estas:

- a) Límites formales. Derivan de la necesaria habilitación legislativa previa para actuar normativamente en los campos reservados a la ley y, en general, para adoptar cualquier tipo de actuación que suponga limitación o ablación de la libertad

o posición jurídica de los ciudadanos.

b) Límites sustantivos. El sometimiento pleno a la Ley y el Derecho supone que la capacidad de los entes públicos está vinculada a la observancia de la totalidad del sistema normativo y, más aún, a la prosecución de determinados fines: la consecución del interés general, la realización efectiva de principios, valores y directivas constitucionales y la observancia de los fines para los que se atribuye cualquier potestad.

En segundo lugar, hay límites derivados de la distribución competencial. Tan importantes como los anteriores son los límites que impone a la capacidad de los entes públicos el sistema de distribución de competencias establecido en nuestro texto constitucional. Es evidente que la compartimentación de los diferentes sectores de la acción pública y su distribución a entes diversos entraña una correlativa restricción de la capacidad de cada uno de ellos.

Desde la perspectiva de la capacidad única, ésta viene limitada por dos factores: primero, las materias o competencias que normativamente son atribuidas a cada uno de los niveles de los entes primarios y, segundo, por la territorialidad del interés que cada acción pretende. Dicho en términos más simples, cada ente posee capacidad para actuar jurídicamente en las materias o competencias de que es titular, y siempre que con ello se persiga un interés que no exceda sensiblemente de su territorio.

### **3. EL ADMINISTRADO**

Administrado es cualquier persona física o jurídica considerada desde su posición privada respecto a la Administración pública o sus agentes (GARCÍA DE ENTERRÍA). Para SANTAMARÍA PASTOR es cualquier sujeto de Derecho que resulta destinatario del ejercicio de una potestad o derecho subjetivo de los que es titular una Administración pública, ostentando ésta normalmente -aunque no exclusivamente- una posición dominante

Dentro de esta categoría genérica es posible distinguir dos subtipos: administrado simple y administrado cualificado. El administrado simple se caracteriza por ostentar una posición puramente genérica de ciudadano, mientras que el administrado cualificado se



distingue porque se singulariza de dicha posición en virtud de un tipo de relación concreta que le liga con la Administración de una manera específica.

Los ciudadanos ostentan la condición de administrado simple en aquellas relaciones con una Administración pública que responden al modelo de relación genérica entre los poderes públicos y los ciudadanos. A esta situación suele calificársele, desde LABAND y MAYER, de relación general de poder o relación general de supremacía (desde la perspectiva de la Administración), o relación general de sujeción (desde la perspectiva del administrado). La Administración se presenta en estas relaciones armada con sus potestades generales, las que la Ley le atribuye por su condición genérica de tal (reglamentaria, impositiva, expropiatoria, policial, sancionatoria, etc.).

Los ciudadanos ostentan la condición de administrado cualificado en aquellas relaciones con una Administración pública derivadas de su inserción en el seno de dicha organización administrativa. Dicha inserción produciría, según la doctrina alemana, una dependencia respecto a dicha organización denominada relación especial de poder o relación especial de supremacía (desde la perspectiva de la Administración), o relación especial de sujeción (desde la perspectiva del administrado).

MAYER caracterizó a estas situaciones como “un estado de libertad restringida”. Esta restricción vendría del hecho de los poderes de autoorganización de la Administración sobre el establecimiento o el servicio en que se integra el administrado, poderes cuyo ejercicio podría afectar a este administrado como disciplina de forma más expeditiva de lo que es común en las relaciones ordinarias. Es el caso del preso, del soldado, del funcionario, del escolar, etc. La doctrina alemana originaria hablaba de un plus de sometimiento del ciudadano, para cuya concreción la Administración no necesitaría una cobertura de Ley, aun afectando a derechos fundamentales de aquél.

En nuestro Ordenamiento, donde la Constitución consagra el principio de legalidad de la actuación administrativa (art. 103.1 CE) y la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), no puede admitirse que la libertad personal pueda ser coartada sin el respaldo de una Ley. Por ello, la situación de sujeción especial lo más que puede llegar a legitimar es una deducción de poderes implícitos en los

otorgados por la Ley de una manera general, que autorizan a la Administración para imponer al administrado conductas positivas o negativas, no previstas de manera explícita en la Ley, o de un más amplio margen del papel del reglamento en el desarrollo de esa Ley, pero nunca una exención de esta.

#### **4. SU CAPACIDAD JURÍDICA Y DE OBRAR**

En primer lugar, se debe señalar que la tradicional distinción entre capacidad jurídica (aptitud par ser titular de derechos y obligaciones y, en general, de situaciones jurídicas subjetivas) y capacidad de obrar (aptitud para operar personalmente en el tráfico jurídico ejercitando los propios derechos), tiene una menor relevancia en el Derecho administrativo que en el Derecho civil, porque en el primero ambos conceptos tienden a identificarse en la medida en que se permite el ejercicio de los derechos a todos aquellos a quienes se reconoce aptitud para trabar las relaciones jurídicas de las que estos derechos surgen (art. 3 de la Ley 39/2015).

En segundo lugar, por lo que respecta a las limitaciones de la capacidad de obrar, hay que destacar que mientras que en el Derecho civil el régimen de dichas limitaciones es de carácter genérico y sus causas se encuentran normalmente tasadas y bajo protección jurisdiccional, en el Derecho administrativo no existe una regulación general legal de las causas limitativas o excluyentes de la capacidad de obrar, por el contrario cada norma (incluso de carácter reglamentario), en función de las exigencias del concreto interés público que subyace en el tipo de relación jurídica que disciplina, establece diversos tipos de circunstancias que excluyen o limitan la capacidad de los administrados para ser parte en las relaciones o situaciones jurídicas que regulan, declarándose la causa de incapacidad como consecuencia de un simple acto administrativo.

Así las cosas, dado su agotador casuismo es imposible exponer todas las causas modificativas de la capacidad de obrar. Por ello, se examinarán únicamente las más importantes: la nacionalidad, la edad y la enfermedad.

La nacionalidad es una causa de exclusión de los ciudadanos extranjeros de numerosas relaciones jurídicas, como son el sufragio activo y pasivo en las elecciones generales o la condición de funcionario público (en este último caso, sin perjuicio del

régimen especial aplicable a los ciudadanos de los demás Estados miembros de la Unión Europea) o la ocupación de numerosos cargos públicos como Ministro (art. 11 de la Ley del Gobierno) o Magistrado del tribunal Constitucional (art. 18 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional).

La edad, entre otras funciones, opera como un límite mínimo para el acceso a determinados puestos públicos y un límite máximo para la permanencia en los mismos.

La enfermedad o las deficiencias físicas o psíquicas poseen una eficacia multidireccional. Pueden actuar como factor impeditivo (p. ej., para el acceso a la función pública), como un factor extintivo de relaciones jurídicas (p. ej., como causa de jubilación de los funcionarios o el cese de ciertos cargos inamovibles), o como requisito para el disfrute de determinados servicios (p. ej., prestaciones de la Seguridad Social).

Del domicilio depende el cumplimiento de ciertas obligaciones o la imposición de prestaciones personales

Otras circunstancias modificativas son, por ejemplo, la condena penal que puede llevar aparejada la pena accesoria de inhabilitación o suspensión para cargo público, la declaración de concurso o de insolvencia, la resolución culpable de contratos con las Administraciones Públicas o las sanciones administrativas, que pueden llegar a traducirse en una causa de incapacidad en ciertos casos.

Junto a estas causas, pero con menor trascendencia, se halla la vecindad territorial, que implica la condición de miembro políticamente activo de las Comunidades autónomas, y la vecindad administrativa, la condición de vecino de un municipio, que tiene importancia a efectos del goce y cumplimiento de los derechos y deberes recogidos en el régimen local.

## **5. LAS SITUACIONES JURÍDICAS DEL ADMINISTRADO EN GENERAL**

Como todos los demás sujetos de la relación jurídico-administrativa, el administrado, al desplegar su propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica y de obrar que le reconoce el ordenamiento jurídico, puede resultar titular de una serie de situaciones jurídicas.

Éstas tradicionalmente se dividen en tres categorías: situaciones jurídicas activas o de ventaja, que son aquellas que comportan una ampliación de la esfera jurídica del administrado; situaciones jurídicas de desventaja, de gravamen o pasivas, que implican una limitación o minoración de la esfera jurídica del administrado; y, situaciones jurídicas mixtas, que son aquellas donde se entremezclan ventajas y desventajas para el administrado.

## **6. SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER ACTIVO: POTESTADES DE ADMINISTRADO**

Se pueden incluir en este grupo tres clases diferentes: las potestades, los derechos subjetivos y los intereses legítimos.

La potestad es un poder efectivo, atribuido directamente por el ordenamiento, previo e independiente de toda relación jurídica concreta, susceptible, por esa razón, de desplegarse y actuar frente a círculos genéricos de personas, que respecto del titular de dicho poder, se encuentran en una situación de sujeción. Expresión ésta que no ha de entenderse como expresión de una idea de subordinación o sometimiento, sino, más simplemente, en el sentido de la eventualidad de soportar las consecuencias, que pueden ser normalmente desventajosas, aunque también pudieran no serlo, del ejercicio de una potestad

Se trata, pues, de un poder genérico, no referido a un sujeto en particular, ni a un objeto determinado, un poder, en fin, que sólo a través de su concreto ejercicio puede llegar a actualizarse y traducirse en un poder concreto, es decir, en un verdadero derecho subjetivo. Un ejemplo es la potestad del ciudadano de poner en marcha el aparato de la Justicia en defensa del propio patrimonio jurídico amenazado o lesionado (art. 24.1 CE).

El derecho subjetivo consiste en un reconocimiento por el Derecho de un poder a favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos imponiéndoles la obligación de realizar una conducta concreta y específica en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición.

Existen tres supuestos típicos de derechos subjetivos:

- Derechos de naturaleza patrimonial:
  - i) De naturaleza obligacional (contractual, extracontractual por daños y legal). Aquí se incluyen supuestos como el del contratista de la Administración, el del lesionado extracontractual en cuanto a la exigencia de una indemnización resarcitoria de daños y perjuicios, y el del titular de una situación a la que la Ley conecta un crédito frente a la administración (funcionario, beneficiario de una subvención...).
  - ii) De naturaleza real en sus variadas formas y contenidos (posesión, propiedad, derechos de aprovechamiento exclusivo sobre bienes públicos...).
- Derechos creados, declarados o reconocidos por actos administrativos singulares, a favor de una persona determinada (concesionarios, titulares de licencias o autorizaciones, en general, reconocimiento de situaciones jurídicas favorables).
- Situaciones de libertad individual articuladas técnicamente como derechos subjetivos (GARCÍA DE ENTERRÍA).

Sin embargo, una caracterización clara y precisa de ambas situaciones sólo se consigue mediante una confrontación dialéctica de las notas distintivas de las mismas:

- La potestad tiene su origen en una norma jurídica; el derecho subjetivo emana, en cambio, de una relación jurídica concreta, aunque también puede ser otorgado directamente por una norma (p. ej., los derechos fundamentales) e incluso creado en ejercicio de una potestad. Por ello, las potestades no pueden adquirirse ni extinguirse por prescripción (aunque sí puede prescribir o incurrir en caducidad su posibilidad de ejercicio en casos concretos), mientras que el derecho subjetivo, por el contrario, es normalmente susceptible de prescripción adquisitiva y extintiva.
- La potestad es un poder fiduciario, es decir, un poder que se confiere a su titular para la protección de los intereses de terceros; el derecho subjetivo consiste, por el contrario, en una posición de poder que se dirige a la satisfacción de un interés

propio de su titular. Por ello:

- Las potestades son irrenunciables y su contenido inmodificable por la voluntad de su titular en cuanto se halla definido en una norma sobre la que éste carece de poder, mientras que el contenido de los derechos subjetivos es libremente modificable por su titular, e incluso renunciable.
- La potestad es inalienable por su titular mediante actos singulares, aunque, en determinadas ocasiones, puede cederse su mero ejercicio; por el contrario, el derecho subjetivo es, por naturaleza, transmisible a terceros, salvo los de carácter personalísimo.
- La potestad posee un objeto genérico, consistiendo su contenido en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre un sujeto o un colectivo de sujetos; el derecho subjetivo, en cambio, posee un objeto, específico, concreto y determinado, siendo su contenido la realización de una conducta igualmente específica y concreta que es exigible a uno o varios sujetos pasivos.

El interés legítimo, entendido como derecho subjetivo reaccional, consiste en la facultad que asiste a cualquier particular de reaccionar contra un acto de la Administración que, de modo contrario a Derecho, interfiere en su ámbito vital, causándole un daño en el mismo, al objeto de restablecer la integridad de dicho ámbito dañado.

El origen del interés legítimo entendido como derecho subjetivo reaccional se halla en la peculiar evolución que el contencioso-administrativo ha tenido en los países que adoptaron el modelo francés de control de la legalidad administrativa. Al ser regulado éste en su origen al modo civil, como un proceso sobre derechos, dejaba fuera de su ámbito todas las infracciones de las normas que no son atributivas de derechos subjetivos (p. ej., las referentes a la competencia o el procedimiento), lo que impedía a los particulares incoar recursos basados en estas infracciones.

La forma de salvar este obstáculo se efectuó afirmando que tales normas no creaban en los particulares derechos, sino intereses, cuya lesión les legitimaba para iniciar

el correspondiente proceso; proceso en el cual, claro está, no podían pedir la protección de derecho alguno, y, en consecuencia, no podían solicitar el restablecimiento de una situación jurídica individualizada, sino solo la mera anulación del acto. Esta conclusión resultaba, sin embargo, absurda, porque el titular de un interés recurre no para lograr una simple anulación, sino para obtener el pleno restablecimiento de la situación dañada por el acto impugnado; en ocasiones, la mera anulación es suficiente (p. ej., anulación de una sanción ), pero en otros no lo es.

La forma de resolver este problema ha consistido en la negación de la individualidad del interés, el cual no es una situación jurídica autónoma, sino una modalidad atípica de derecho subjetivo, al que se califica de derecho subjetivo reaccional.

Cuando un acto de la Administración interfiere en el ámbito vital de una persona, causando un daño cualquiera en el mismo y de modo contrario a Derecho, surge en el particular afectado un derecho a reaccionar contra el perjuicio sufrido, al objeto de restablecer la integridad de su ámbito dañado. La causa genética de estos derechos reaccionales se encuentra, pues, en la suma de los dos elementos: la actuación ilegal y la lesión que ésta produce en el ámbito vital de intereses, tanto morales como patrimoniales, de una persona, y que su contenido es la posibilidad de reaccionar contra dicho daño ilegal al objeto de eliminarlo, imponiendo al autor del acto la realización de la conductas necesarias para ello.

Existen también, sin embargo, otros intereses legítimos que los particulares ostentan frente a la Administración, y que no tienen contenido reaccional, sino de pretensión. Éstos surgen cuando una norma jurídica faculta al administrado para solicitar un beneficio a la Administración, pero otorga al mismo tiempo a ésta discrecionalidad para acceder o no a la solicitud de aquél. Al no tener carácter reglado el otorgamiento de lo solicitado, no puede hablarse de titularidad de un derecho subjetivo del particular frente a la Administración, sino tan sólo de un interés legítimo.

## **7. SITUACIONES JURÍDICAS PASIVAS: SITUACIÓN DE SUJECCIÓN Y DEBER DEL ADMINISTRADO**

Se pueden incluir en este grupo tres clases diferentes: la sujeción, el deber y la

obligación.

Es el término correlativo de la potestad y supone la necesidad jurídica de soportar los efectos de una potestad ejercida por otro, una Administración o un administrado, sobre el propio ámbito jurídico. P. ej., la sujeción a la potestad tributaria.

El deber consiste en la necesidad jurídica de realizar un comportamiento positivo o negativo que una norma impone a un sujeto en consideración a los intereses generales de la colectividad. P. ej., el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1 CE). En consecuencia, el sujeto gravado con el deber no tiene frente a sí un sujeto determinado que sea titular de un derecho subjetivo que le faculte para exigir el comportamiento en el que el deber consiste, sino todo lo más un poder destinado a actuar como garantía del efectivo cumplimiento del deber.

La obligación consiste en la necesidad jurídica de realizar un comportamiento positivo o negativo que se impone a un sujeto en el seno de una relación jurídica en favor de otro sujeto en consideración a los específicos intereses de este último. P. ej., la obligación tributaria. En consecuencia, este último dispone de un derecho subjetivo que le confiere el poder de exigir al sujeto gravado con la obligación, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto.

Entre el deber y la obligación suele mediar un proceso de concreción semejante al que se produce entre la potestad y el derecho subjetivo, proceso que en este caso se resuelve en actos administrativos de comprobación o verificación, que, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, precisan en relación a un sujeto determinado el deber genérico impuesto por la norma y el alcance concreto del comportamiento exigible al sujeto gravado. P. ej., la liquidación tributaria girada a un sujeto concreto convierte en obligación frente a la Administración el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

## **8. SITUACIONES JURÍDICAS DE CARÁCTER MIXTO**

Se pueden incluir en este grupo dos clases diferentes: el poder funcional y la carga.

Los poderes-deberes, poderes funcionales o funciones se caracterizan por que en



los mismos la situación de poder está ensamblada con una situación de deber y ello en la medida en que el poder se otorga en consideración no sólo de un interés propio de su titular, sino en atención a un interés de otro sujeto o a un interés simplemente objetivo (funciones) de cuya efectiva satisfacción depende la legitimidad misma de su ejercicio. P. ej., en el ámbito jurídico-privado, la patria potestad; en el ámbito público, el derecho-deber de defender a España, el derecho-deber al trabajo, el derecho-deber al medio ambiente, etc.

La carga consiste en la imposición al titular de la misma, en su propio interés, de la necesidad jurídica de realizar una determinada conducta, normalmente una conducta positiva (de hacer), de tal modo que su incumplimiento no entraña ilicitud alguna, sino la simple pérdida de una ventaja para cuya obtención esa conducta constituye un requisito. P. ej., la comparecencia en un procedimiento administrativo para ser tenido por interesado, la petición de ampliación de plazos, la interposición de recursos, etc.

## **9. LOS COMPLEJOS DE SITUACIONES JURÍDICAS: LOS ESTATUS**

Con frecuencia se habla de estatus, término de larga tradición en el lenguaje jurídico, como de una situación jurídica compleja (situación jurídica objetiva o estatutaria).

Expresándose con mayor propiedad, el estatus constituye un conjunto de poderes, derechos, deberes y obligaciones definido en términos generales por la Ley y aplicable en bloque a todos aquellos sujetos que se encuentran en determinadas circunstancias o ingresan en ciertos grupos o colectividades. El estatus es, en definitiva, un complejo de situaciones jurídicas diversas (potestades, derechos, obligaciones, etc.), consideradas unitariamente en función de un determinado rol social o jurídico de las personas. Se trata, en consecuencia, de una técnica de simplificación semántica que cumple un doble papel: de una parte, el acotamiento, desde una cierta perspectiva, de un colectivo de personas que ostentan un conjunto de situaciones jurídicas comunes; de otras, la designación sintética y abstracta de dicho conjuntos situaciones jurídicas. Hoy ha adquirido un uso más extenso que en su origen, aunque las normas jurídicas no utilicen normalmente este término, lo dan por supuesto al definir colectivos de personas a las que se somete a una regulación unitaria. P.ej., el estatus de español/extranjero, el status de vecino, el estatus

de funcionario público, el estatus de concesionario, etc.

## **BIBLIOGRAFÍA**

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, 26ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17ª edición, y II, 14ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Derecho Administrativo*, I, 25ª edición, y II, 22ª edición, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte general*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, I y II, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 5**

**EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: SU CONSTRUCCIÓN TÉCNICA. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO. LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES. POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: EN ESPECIAL EL CONTROL DEL FIN Y LA DESVIACIÓN DE PODER. EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.**

## **TEMA 5. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: SU CONSTRUCCIÓN TÉCNICA. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO. LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES. POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: EN ESPECIAL EL CONTROL DEL FIN Y LA DESVIACIÓN DE PODER. EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA.**

### **1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: SU CONSTRUCCIÓN TÉCNICA**

La función constitucional de la Administración Pública consiste en servir con objetividad los intereses generales, actuando a tal efecto con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 de la Constitución). Este sometimiento es una de las manifestaciones más relevantes del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y, más concretamente, de uno de sus principios fundamentales, a saber, el principio de legalidad (art. 9.1 CE).

La actividad administrativa se halla, por tanto, plenamente juridificada, o, lo que es lo mismo, no se desenvuelve nunca en un ámbito libre de normas y principios jurídicos. De ahí que la actuación administrativa sea siempre también aplicación de la ley y el Derecho.

El correlato necesario de lo anterior es el sometimiento de la entera actividad administrativa al control jurisdiccional. En efecto, los órganos jurisdiccionales controlan la legalidad de la actuación administrativa (incluido el ejercicio de la potestad reglamentaria), así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). No existen, por consiguiente, ámbitos de la actividad administrativa sustraídos de entrada al control judicial.

Allá donde haya vinculación de la actuación administrativa a la ley y al Derecho (y siempre la habrá, como se ha dicho, aunque sea en mayor o menor medida), cabrá el control jurisdiccional de su legalidad o conformidad a Derecho. Obviamente, siempre que se interponga contra aquélla un recurso admisible que permita o habilite un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo del mismo, ya que sin recurrente no es posible el control judicial (BACIGALUPO SAGESSE).

Así pues, no hay en el Derecho español ningún espacio franco o libre en que la Administración pueda actuar con un poder ajurídico y libre. Los actos y disposiciones de la Administración, todos, ha de someterse a Derecho, han de ser conformes a Derecho. El desajuste o disconformidad con el Derecho constituyen una infracción del Ordenamiento Jurídico y les priva de actual o potencialmente de validez. El Derecho, según GARCÍA DE ENTERRÍA condiciona o determina de manera positiva la acción administrativa, la cual no es válida sino responde a una previsión normativa.

El principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima.

## **2. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS: CONCEPTO**

El principio de legalidad de la Administración, con el contenido que hemos visto, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad le otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita, a la Administración para su acción confiriéndole poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como el ejercicio de un poder previamente atribuido por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución previa de potestades simplemente no se puede actuar

La articulación técnica del principio de legalidad, tal como se ha enunciado, se realiza a través de las potestades. La potestad fue definida por Santi ROMANO como el poder jurídico para imponer decisiones a otros para el cumplimiento de un fin. La potestad entraña, así, un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado o medido para una finalidad predeterminada por la propia norma que la atribuye, y susceptible de control por los Tribunales.

La potestad no supone, en ningún caso, un poder de acción libre, según la voluntad de quien lo ejerce, sino un poder limitado y controlable. Dentro de las potestades, las de la Administración pública son potestades-función, que se caracterizan por ejercerse en interés "de otro", esto es, no de quien la ejerce, sino del interés público o general.

La potestad se diferencia de los derechos subjetivos por su carácter general y repetible en sus posibilidades de ejercicio, en tanto no se modifique o derogue la norma que la crea. La potestad, por otra parte, crea sujeciones en otros, mientras que el derecho subjetivo no afecta a los demás, sino en un deber genérico de respeto al ejercicio de las facultades que el derecho comprende por parte de su titular. Si del derecho subjetivo surgen sujeciones para otros, al margen del deber general de respeto, es en virtud de relaciones jurídicas precisas y, normalmente, con el consentimiento del obligado en la creación de esa sujeción.

La potestad no genera relación jurídica alguna, ni en pactos ni en negocios jurídicos o actos o hechos singulares, sino que procede directamente del ordenamiento. No recae sobre ningún objeto específico y determinado, sino que tiene un carácter genérico y se refiere a un ámbito de actuación definido en grandes líneas o directrices genéricas. No consiste en una pretensión particular, sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, de donde eventualmente pueden surgir, como una simple consecuencia de su ejercicio, relaciones jurídicas. En fin, a la potestad no corresponde ningún deber, positivo o negativo, sino una simple sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar sobre su esfera jurídica los eventuales efectos derivados de su ejercicio.

Finalmente, la potestad, a diferencia de los derechos subjetivos, no es transmisible, ni renunciable, ni prescriptible (GARCÍA DE ENTERRÍA, COSCULLUELA MONTANER).

### **3. LA ATRIBUCIÓN DE POTESTADES: POTESTADES REGLADAS Y POTESTADES DISCRECIONALES.**

Si la Administración pretende iniciar una actuación concreta y no cuenta con potestades previamente atribuidas para ello por la legalidad existente, habrá de comenzar por promover una modificación de esa legalidad, de forma que de la misma resulte la habilitación que hasta ese momento faltaba. Ese mecanismo de la previa innovación normativa para producir la atribución de potestades con las cuales seguidamente poder actuar, mediante el ejercicio de tales potestades, se produce incluso cuando es la propia Administración la llamada a dictar la norma nueva, esto es, cuando esa norma basta que sea un Reglamento.

No hay en este fenómeno de autohabilitación a través de normas reglamentarias ninguna quiebra del principio de legalidad, antes bien una confirmación del mismo en cuanto mecanismo formal. Pues la Administración utiliza para dictar el Reglamento una potestad que le ha sido previamente atribuida, la potestad reglamentaria. Del ejercicio de esta potestad, por su virtud normativa, podrán surgir potestades nuevas de actuación concreta, una vez creadas las cuales, y no hasta entonces, la acción concreta es ya posible.

La atribución de potestades a la Administración tiene que ser, en primer término, expresa. La exigencia de una explicitud en la atribución legal no es más que una consecuencia del sentido general del principio, que requiere un otorgamiento positivo sin el cual la Administración no puede actuar. A falta de tal atribución legal, la Administración carece de poderes, pues no tiene otros que los que la Ley le atribuye.

Ahora bien, esta exigencia debe ser matizada con la doctrina de los poderes inherentes o implícitos que, por excepción, pueden inferirse por interpretación de las normas más que sobre su texto directo. La inherencia o la implicación han de deducirse no de ninguna imagen ideal o abstracta de unos supuestos poderes “normales” administrativos (imagen que arruinaría la exigencia de la legalidad en su función habilitante), sino de otros poderes expresamente reconocidos por la Ley y de la posición jurídica singular que ésta construye, como poderes concomitantes de tales o de tal posición o, incluso, como filiales o derivados de los mismos (poderes incluidos en otros o derivados).

El segundo requisito de la atribución de potestad es que ésta ha de ser específica. Todo poder atribuido por la Ley ha de ser en cuanto a su contenido un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales, dentro del sistema conceptual del Estado de Derecho.

Desde un punto de vista abstracto, un poder jurídico indeterminado es una contradicción con el sistema de Derecho, para el cual es consustancial la existencia de límites. Un derecho ilimitado pondría en cuestión la totalidad del ordenamiento, porque esa ilimitación destruiría todos los demás derechos, los haría imposibles.

El segundo argumento para excluir poderes indeterminados es de pura técnica organizativa: toda organización y más aún a medida que aumenta en complejidad, se edifica sobre una distribución de funciones y de competencias en un conjunto de órganos. Desde la perspectiva interna de la organización, hay que decir que una competencia global y absoluta de un órgano destruirá la organización entera, al sustituirse en el conjunto general de los órganos y al excluir la existencia de límites entre la organización y sus miembros.

Una tercera razón lo constituye el reconocimiento de libertades o derechos fundamental, que impide necesariamente admitir la existencia de poderes ilimitados en la Administración frente a los ciudadanos, pues es, justamente, la primera función de la institución de tales libertades o derechos básicos

No hay, pues, poderes administrativos ilimitados o globales; todos son, y no pueden dejar de ser, específicos y concretos, tasados, con un ámbito de ejercicio lícito, tras cuyos límites la potestad desaparece pura y simplemente.

Se habla, no obstante, de “cláusulas generales de apoderamiento”. Pues bien, es claro que no se trata en absoluto de una atribución de poderes ilimitados.

Primero, porque en todos los casos se trata de una acotación de supuestos que no son ellos mismos ilimitados, sino simplemente imprecisos en su definición previa, pero necesariamente delimitables en su aplicación concreta mediante la técnica de los “conceptos jurídicos indeterminados”.

Por otra parte, estos supuestos de ejercicio de la potestad juegan bajo la técnica normal de la legitimación, como requisito que condiciona la posibilidad de ejercicio de una potestad, pero no por ello trasladan a ésta una ilimitación de contenido o de posibilidades de actuación. Ese contenido está siempre tasado y no puede dejar de estarlo, en cuanto que estos poderes están ordenados a un fin específico, como rezan las normas que los atribuyen, y no a cualesquiera fines, lo que les hace a la vez controlables por el principio de la proporcionalidad o adecuación. Este contenido está siempre tasado y no puede dejar de estarlo (GARCÍA DE ENTERRÍA).



En el caso de poderes excepcionales de policía, justificados en un estado de necesidad colectivo, estado que justifica la necesidad de suspender momentáneamente la legalidad ordinaria y que por tanto enuncian poderes públicos más extensos, no llegan a ser poderes ilimitados, en cuanto están ordenados a un fin específico, como rezan las normas que los atribuyen, y no a cualesquiera fines, lo que les hace a su vez controlables por el principio de la proporcionalidad o adecuación. En todo caso, esos poderes de excepción son tales, esto es, excepcionales al sistema de legalidad ordinaria, que se ve suspendido sólo transitoriamente, y en ultimo término son corregibles.

### **3.1. Potestades regladas y potestades discrecionales**

La atribución expresa y específica de las potestades administrativas por la legalidad es una forma de atribución que resulta aplicable en todos los casos. Pero, existe a continuación una distinción que GARCÍA DE ENTERRÍA califica de capital en el modo como esa atribución se realiza: así, la ley puede determinar de una forma exhaustiva todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de forma que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias; o bien por el contrario, definiendo la ley, porque no puede dejar de hacerlo, en virtud de las exigencias de explicitud y especificidad de la potestad que atribuye a la Administración, algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de las condiciones, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho, bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable o bien de ambos elementos.

La distinción de esas dos formas de atribución legal de las potestades administrativas corresponde al par de conceptos potestad reglada-discrecional.

El grado máximo de vinculación de la Administración al ordenamiento se alcanza cuando éste programa su actuación a través de normas de estructura condicional con alta densidad regulatoria. Son normas de programación condicional aquellas que anudan la adopción de una determinada consecuencia jurídica a la concurrencia de un determinado supuesto de hecho, descrito en la norma («La Administración adoptará la consecuencia

jurídica X si concurre el supuesto de hecho Y»).

En estos casos, la potestad es reglada cuando la norma describe con precisión el supuesto de hecho y, además, obliga a la Administración, en caso de que concurra el mismo, a adoptar una consecuencia jurídica determinada. El ejercicio de potestades regladas reduce a la Administración a la constatación del supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en presencia del mismo lo que la propia ley ha determinado también agotadoramente. Hay, por tanto, un proceso aplicativo de la ley que no deja margen o resquicio a juicio subjetivo ninguno, salvo la constatación o verificación del supuesto mismo para contrastarlo con el tipo legal.

La aplicación de tales normas se lleva a cabo mediante un elemental silogismo y consiste, en lo esencial, en la subsunción de la realidad a la que se pretende aplicar la norma en el supuesto de hecho descrito en la misma. Si dicha realidad encaja en el supuesto de hecho normativo, la Administración debe -sin más- adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma, es decir, debe actuar (sin margen de decisión de ninguna clase) con arreglo a lo exigido por la norma habilitante.

Cuando el ordenamiento atribuye a la Administración una potestad mediante normas de semejante estructura, podemos afirmar que dicha potestad es una potestad reglada.

El control jurisdiccional del ejercicio de potestades regladas es un control de máxima intensidad. En consecuencia, dado que cuando la potestad actuada por la Administración es reglada su actuación se halla sometida a una elevada densidad de programación normativa, el control jurisdiccional de aquélla podrá ser, correlativamente, un control de máxima intensidad.

Sin embargo, la eficacia de la actuación de la Administración puede exigir una atenuación de su vinculación normativa en determinados ámbitos de la intervención administrativa. Como se ha señalado, la función constitucional de la Administración consiste en servir eficazmente los intereses generales (art. 103.1 CE). Esta función no la puede cumplir, sin embargo, una Administración cuya actuación se programa exclusivamente a través de normas de programación condicional con alta densidad

regulatoria.

La realidad a la que se debe enfrentar la Administración con el fin de servir los intereses generales es compleja y cambiante, por lo que precisa disponer de potestades flexibles y fácilmente adaptables a las peculiaridades de cada caso para poder tutelar dichos intereses eficazmente, como es su deber constitucional. Así como el ideal del Estado de Derecho tiende a exigir que la vinculación de la Administración al ordenamiento sea particularmente intensa, el principio de Estado social (arts. 1.1 y 9.2 CE) y la legitimación democrática (directa o indirecta) de la propia Administración inciden en cierto modo en la dirección opuesta, exigiendo al legislador que dote a la Administración de potestades flexibles que le permitan intervenir eficazmente sobre una realidad social crecientemente compleja y mudable en defensa de los intereses generales.

Las potestades regladas no ofrecen siempre, sin embargo, esa necesaria flexibilidad. De ahí que resulte plenamente acorde con el Estado social y democrático de Derecho el que el legislador atenúe de manera creciente -aunque siempre dentro de los límites que impone el principio constitucional de reserva de ley- la intensidad de la vinculación de la Administración a la ley.

Tal atenuación se logra reduciendo la densidad con la que las normas programan el contenido de la actividad administrativa. A su vez, este objetivo se puede alcanzar, con intensidad creciente, vinculando a la Administración mediante alguno de los siguientes tipos de norma:

- Normas de programación condicional cuyo supuesto de hecho se describe con la ayuda de conceptos jurídicos indeterminados. Formalmente, la doctrina aún hoy mayoritaria entiende que las potestades que se otorgan mediante tales normas son potestades regladas, pero admite de forma prácticamente unánime que a la hora de aplicarlas la Administración goza (o puede gozar al menos en algunos supuestos) de un margen de apreciación, no muy distinto del margen de decisión del que indiscutiblemente se dota a la Administración cuando se le atribuyen genuinas potestades discrecionales.
- Normas de programación condicional que, comprobada la concurrencia del

supuesto de hecho, no obligan sin embargo a la Administración a adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma (la adopción es facultativa), o le permiten a ésta elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles.

Serían éstas las potestades discrecionales en sentido estricto, que pueden atribuir dos tipos de discrecionalidad, a saber: o bien discrecionalidad de actuación (la adopción por la Administración de la consecuencia jurídica prevista por la norma es facultativa, es decir, no obligatoria), o bien discrecionalidad de elección (cuando la norma obliga a adoptar una consecuencia jurídica, pero le permite a la Administración elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles).

También es posible que una misma norma atribuya a la Administración ambas clases de discrecionalidad a la vez (la norma prevé una variedad de consecuencias jurídicas posibles, pero no obliga a la adopción de ninguna de ellas).

- Finalmente, en aquellos casos en que la realidad regulada resulta particularmente compleja o mudable, es decir, cuando no es posible describir el supuesto de hecho normativo con un mínimo grado de precisión (ni siquiera con la ayuda de conceptos jurídicos indeterminados), el ordenamiento renuncia a una programación condicional de la actuación administrativa y opta por programarla meramente por fines u objetivos (programación finalista o teleológica).

Este tipo de programación normativa es el que da lugar al más amplio de los márgenes de decisión que el ordenamiento puede otorgar a la Administración, toda vez que el ordenamiento no predetermina los medios que la Administración deba o pueda emplear para lograr los fines u objetivos que la ley le obliga a perseguir. Las normas de programación final defieren la elección de los medios a la discrecionalidad de la Administración. La manifestación más clara del margen de decisión que comporta este modo de programación es la llamada discrecionalidad de planificación (por ejemplo, la discrecionalidad del planeamiento urbanístico).

Como es lógico, la atenuación de la vinculación de la Administración al ordenamiento conlleva siempre un efecto insoslayable: la intensidad del control jurisdiccional disminuye; cuanto más amplio sea el margen de apreciación o de

decisión atribuido a la Administración, menos intenso podrá ser su control judicial (BACIGALUPO SAGESSE).

#### **4. EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD: EN ESPECIAL EL CONTROL DEL FIN Y LA DESVIACIÓN DE PODER**

Debemos señalar que todas las técnicas de control quedan enmarcadas a partir de la promulgación de la Constitución de 1978 en el cuadro de la formal prohibición que esta contiene en su artículo 9.3 de la arbitrariedad de los poderes públicos, prohibición que obliga a distinguir entre la discreción y el arbitrio legítimos y la mera voluntad o el puro capricho de los administradores.

Como ya se ha dicho, la intensidad del control jurisdiccional varía según el grado de vinculación de la Administración al ordenamiento. Este control es de máxima intensidad cuando el ordenamiento predetermina de manera exhaustiva y agotadora el sentido o contenido de la actuación administrativa, es decir, cuando la Administración ejerce potestades enteramente regladas.

El control del ejercicio de este tipo de potestades es un control positivo. No se limita a determinar si la actuación impugnada adolece de algún vicio jurídico, sino que tiene por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde precisamente con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico.

En estos casos, el juez contencioso-administrativo reconstruye, por tanto, en cierto modo, la decisión administrativa que procedía adoptar en el caso conforme al ordenamiento. Esto significa que si la actuación administrativa impugnada no coincide con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico, el juez podrá no sólo anularla, sino ordenar también, en su caso, la sustitución de aquélla por la que proceda en derecho.

El control jurisdiccional de la actuación administrativa es, por el contrario, de una intensidad sensiblemente menor cuando la Administración goza de un margen de apreciación o de decisión en el ejercicio de la potestad actuada. Es decir, cuando (i) goza de un margen de apreciación a la hora de subsumir la realidad del caso concreto en el

supuesto de hecho de una norma que lo describe mediante conceptos jurídicos indeterminados; (ii) cuando ejerce una potestad que le atribuye discrecionalidad de actuación o de elección (o ambas a la vez); o, en fin, (iii ) cuando realiza una actuación cuya programación normativa es meramente finalista.

En cualquiera de estos casos el control jurisdiccional, aunque de intensidad diversa (pues la amplitud del margen de apreciación o de decisión no es la misma en todos ellos), es un control negativo.

Inversamente a lo que sucede en el caso del control del ejercicio de las potestades regladas, el control de un margen de apreciación o de decisión de la Administración no tiene por objeto comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico, por la sencilla razón de que, si la Administración goza de un margen de apreciación o de decisión, lo normal será que no exista una única actuación conforme a Derecho en el caso concreto.

Eso no significa, sin embargo, que se acomode al ordenamiento jurídico cualquier decisión o actuación imaginable y, por lo tanto, resulte inviable cualquier control en derecho del ejercicio que la Administración haga de su margen de apreciación o de decisión.

Esto se debe a que, si bien la ley otorga un margen de apreciación o de decisión a la Administración, la elección que adopte ésta en el ejercicio de dicho margen no debe respetar tan sólo los límites -formales o materiales- que al mismo le imponga la propia ley que lo otorga (los aspectos reglados de toda potestad), sino también el conjunto de principios que integran el ordenamiento jurídico y que deben ser siempre observados, con independencia de que la ley programe la actuación de la Administración con mayor o menor intensidad. Recuérdesse una vez más que la Administración no sólo está sometida a la ley, sino también al Derecho (art. 103.1 CE).

Veamos entonces de manera algo más detenida cuáles son concretamente los límites jurídicos que la Administración debe respetar a la hora de ejercer una potestad discrecional, y cuya observancia puede –y debe– fiscalizar el juez contencioso-administrativo en caso de impugnación. Si la Administración infringe alguno de estos

limites, su decisión discrecional adolecerá de un vicio jurídico que determinará su anulación.

- El control de los hechos

Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho y ocurre que la realidad es siempre una y solo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera y de otra. La valoración de la realidad podrá ser acaso objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o si no se ha producido y como se ha producido el mismo, no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. Por tanto, el primer límite viene dado por los hechos determinantes de la actuación administrativa. La determinación de los mismos no es discrecional. Por lo tanto, el juez determina los hechos sin vinculación a la determinación efectuada por la propia Administración. Esto significa también que la comprobación de la concurrencia del supuesto de hecho normativo que habilita a la Administración a actuar discrecionalmente es, en principio, plenamente revisable por el juez.

Esta afirmación debe ser matizada, sin embargo, en los casos en que la norma describe el supuesto de hecho mediante conceptos jurídicos indeterminados. Debemos de partir de que los conceptos utilizados por las normas pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de la realidad al que se refieren de una manera precisa y inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los 18 años. En este caso el número de años está perfectamente determinado y la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación, sin que se suscite duda alguna en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren. Por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la norma se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que se intenta delimitar un supuesto concreto. Así, conceptos como buena fe, falta de probidad, incapacidad permanente para el ejercicio de las

funciones. La norma no determina con exactitud los límites de esos conceptos, porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que admite ser precisado en el momento de su aplicación. La norma utiliza conceptos de experiencia o de valor, porque las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación mas precisa. Pero al esta refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la cualificación de las circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto. Pero lo cierto es que en estos supuestos la Administración puede gozar de un margen de apreciación para subsumir la realidad en el supuesto de hecho de la norma y, por consiguiente, para apreciar si el supuesto de hecho descrito en la norma concurre o no en el caso.

- El control de los aspectos formales de carácter reglado

En segundo lugar, el control jurisdiccional es igualmente pleno o de máxima intensidad en relación con los aspectos formales de carácter reglado de la potestad discrecional. Estos aspectos incluyen la observancia de la competencia y del procedimiento legalmente establecido. También comprende el cumplimiento de la obligación legal de motivación de las decisiones discrecionales [art. 35.1.i) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas]. Esta última exigencia no posee sólo una relevancia meramente formal, sino también material para el control que tiene por objeto comprobar si la decisión infringe o no algún principio constitucional o principio general del Derecho.

- El control de la desviación de poder

En tercer lugar, las decisiones discrecionales adolecen de un vicio jurídico si incurrn en desviación de poder. Recuérdese que el artículo 106.1 CE establece que los órganos jurisdiccionales controlan no sólo la legalidad de la actuación administrativa, sino también el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

En este sentido, el artículo 48.1 de la Ley 39/2015 dispone que "son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico,



incluso la desviación de poder”. Igualmente, el artículo 70.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa establece que “la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. Este precepto legal define asimismo el concepto de desviación de poder. Conforme a lo que establece en su párrafo segundo, “se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

Aunque la Ley no lo limita expresamente a las potestades discrecionales, es éste un vicio típico del ejercicio de esta clase de potestades. Téngase en cuenta que, si se trata de una potestad reglada y la actuación administrativa se corresponde puntualmente con la única permitida por el ordenamiento jurídico, resulta del todo irrelevante desde el punto de vista jurídico si la Administración actuó animada o no por el fin para el que la potestad ejercida le ha sido atribuida.

Por el contrario, si la potestad actuada es discrecional y la decisión de la Administración se adopta en apariencia dentro de los límites del margen de decisión que le confiere dicha potestad, sí resulta plenamente relevante saber si la decisión ha sido adoptada o no para el fin para el que la potestad discrecional le ha sido atribuida a la Administración. Sin embargo, se trata de un vicio normalmente difícil de probar en la práctica procesal.

La desviación de poder descansa en el carácter funcional de las potestades administrativas. Éstas se atribuyen exclusivamente para la satisfacción de un interés público concreto que la norma determina. En consecuencia, cualquier actuación que persiga otro fin diverso, aunque sea lícito, no viene amparada por la potestad en base a la cual se dicta el acto y, en consecuencia, éste está viciado.

Por tanto, incurre en desviación de poder todo acto que persigue fines privados, sean lícitos o ilícitos; los que persiguen fines públicos prohibidos por la norma; y los que persiguen fines públicos lícitos distintos de aquellos para los que se ha otorgado la potestad de acción que se ejerce.

La jurisprudencia ha puntualizado que la desviación de poder debe ser enjuiciada

sólo tras comprobar que el acto enjuiciado no incurre en otro vicio de legalidad, puesto que éstos tienen prioridad. Sólo cuando el acto cumple dicha legalidad extrínseca cabe entrar en el enjuiciamiento de los fines que el acto pretende, para comprobar si se aparta o no de los fines que para el mismo prevé el ordenamiento jurídico.

Esta doctrina no significa que el acto no pueda estar incurso en vicio de desviación de poder cuando tiene otro vicio de legalidad, sino que el enjuiciamiento de este vicio extrínseco a la legalidad tiene prioridad, y como la existencia de este otro vicio ya determina la nulidad del acto, no es necesario investigar la existencia de nuevos vicios en un acto que ya se va a anular. Esta doctrina no implica que el vicio de desviación de poder no se dé en presencia de otro vicio de legalidad, sino que no hace falta su consideración, puesto que el acto ya debe ser anulado, lo cual implica una toma de posición sobre el modo de actuar los Tribunales, y no una declaración de incompatibilidad de vicios.

En cualquier caso, dada la presunción de validez de los actos administrativos, la carga de probar incumbe a quien recurre alegando dicho vicio. Frente a la gran amplitud con que se ha utilizado por el Consejo de Estado francés esta técnica de control de la acción administrativa, el Tribunal Supremo, pese al expreso reconocimiento de la misma por el Ordenamiento español, la ha utilizado cicateramente, escudándose en exigencias procesales de prueba de la existencia de la desviación de poder que van más allá de lo exigible en esta institución, en la cual las presunciones razonables y los indicios suficientes deberían bastar cuando sean claros y manifiestos.

Tras la aprobación de la Constitución, además, la jurisprudencia tiene una natural tendencia a la toma en consideración del principio de interdicción de la arbitrariedad con preferencia a la desviación de poder. Ciertamente, la distinción entre una y otra figura no siempre es fácil, por cuanto como regla la desviación de poder supone normalmente actuación arbitraria de la Administración; pero las instituciones son diferentes y tienen en nuestro ordenamiento una consideración separada, como se verá a continuación.

- El control del ejercicio de la discrecionalidad sobre la base de principios constitucionales y principios generales del Derecho

No podemos obviar que la Ley ha otorgado a la Administración una potestad de

obrar, pero ello no implica que haya derogado para ella la totalidad del ordenamiento jurídico, el cual, con su componente de los principios generales del Derecho, sigue vinculando a la Administración. No tiene sentido, por ello, pretender ampararse en una potestad discrecional para justificar una agresión administrativa al orden jurídico, a los principios generales que no sólo forman parte de éste, sino que lo fundamentan y lo estructuran, dándole su sentido propio por encima del simple agregado de preceptos casuísticos. Así lo expresa hoy con toda claridad el artículo 1.4 del Código Civil en su alusión expresa al “carácter informador del ordenamiento jurídico” que corresponde a dichos principios, con arreglo a los cuales debe, en consecuencia, ser interpretado aquél. Los principios generales del Derecho proporcionan, por ello, otros tantos criterios que habrán de ser tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar las actuaciones discrecionales. Conviene recordar al respecto que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el sustrato del Ordenamiento Jurídico y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la conciencia moral o de la discreción del juez, sino en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones. Constituyen, pues, el límite jurídico más importante que el ordenamiento jurídico impone al ejercicio de potestades discrecionales.

Esos principios son, fundamentalmente, el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), el principio de igualdad (art. 14 CE), el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) -y, como manifestación de este último, el principio de protección de la confianza legítima-, así como el principio de proporcionalidad. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo aplicaba ya en el período preconstitucional esta técnica de control de los poderes discrecionales, condenando los resultados contrarios a los principios de la buena fe y la confianza legítima

Sin embargo, el control en Derecho que permiten tales principios no es un control positivo, sino meramente negativo. No tiene por objeto comprobar si la actuación impugnada se corresponde con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (que no suele haberla cuando la ley otorga a la Administración un margen de

apreciación o de decisión), sino que se limita a comprobar si la actuación impugnada adolece de algún vicio jurídico, consistente precisamente en la infracción de alguno de dichos principios.

Si la actuación impugnada no adolece de ningún vicio, será plenamente conforme a Derecho y deberá ser confirmada por el juez contencioso-administrativo, aunque pueda haber otras alternativas que lo serían igualmente. La elección entre éstas no puede ser revisada en sede jurisdiccional, pues, siendo todas ellas inobjetables desde un punto de vista jurídico, cualquier pretensión revisora desbordaría los límites propios de un control en Derecho, penetrando de lleno en el ámbito del juicio sobre la oportunidad o el acierto de la decisión adoptada por la Administración, cuya revisión le está vedada a la jurisdicción.

Adicionalmente, se ha de tener en cuenta que los principios jurídicos sólo vinculan a la Administración negativamente. Es decir, sólo prohíben aquellas actuaciones que conculcan de manera notoria o manifiesta los valores jurídicos en ellos consagrados, pero no predeterminan positivamente cuál sea la que proceda adoptar entre aquellas otras que no adolezcan de tal vicio.

En consecuencia, estos principios no anulan o agotan el margen de apreciación o de decisión legalmente otorgado a la Administración, sino que sólo le imponen límites a su ejercicio.

Si la Administración los desborda (porque elige una solución arbitraria, desproporcionada o discriminatoria), el juez contencioso-administrativo anulará la decisión administrativa impugnada, pero no ordenará su sustitución por otra, pues -aun descartada la opción anulada- podrá seguir habiendo una pluralidad de decisiones alternativas posibles que, sin incurrir en infracción de ningún principio jurídico, puedan ser legítimamente adoptadas por la Administración en el ejercicio de su margen de apreciación o de decisión. Como se ha dicho, la opción por cualquiera de éstas corresponde a la Administración, y la elección que ésta lleve a cabo no es susceptible de un control en Derecho.

Sólo excepcionalmente los principios jurídicos agotan el margen de apreciación o de decisión legalmente otorgado a la Administración. Ocasionalmente puede darse algún caso

en que, no obstante gozar la Administración inicial o formalmente de un margen de apreciación o de decisión, proceda entender que tan sólo una única actuación no estaría incurso en infracción de algún principio jurídico, por apreciarse que cualquier otra imaginable en el caso concreto infringiría necesariamente alguno de estos principios.

En estos casos la doctrina habla de un agotamiento o, en terminología acuñada por la dogmática alemana, de una reducción a cero del margen de apreciación o de decisión.

Tal agotamiento del margen de apreciación o de decisión determina que la potestad actuada se transforme en el caso concreto en una potestad reglada (dado que en el caso sólo una única solución se ajusta a Derecho). En consecuencia, el control jurisdiccional de la actuación impugnada será también en estos casos un control positivo (y no meramente negativo, como sucede normalmente cuando la ley otorga a la Administración un margen de apreciación o de decisión), y por ello tendrá por objeto comprobar si dicha actuación se corresponde o no con la única permitida en el caso concreto por el ordenamiento jurídico (BACIGALUPO SAGESSE, COSCULLUELA MONTANER).

## **5. EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA**

En el supuesto de que un particular quisiera hacer cumplir a otro una obligación que efectivamente ha contraído, sin que este último acepte el cumplimiento voluntario de la misma, el particular acreedor deberá acudir al Juez para probar la existencia del derecho del que nace la obligación que pretende hacer cumplir, probar su validez, y sólo si el Juez así lo declara en la oportuna sentencia, se producirá el efecto del cumplimiento coactivo de la obligación por el particular obligado. Sin embargo, y como recoge GARCÍA DE ENTERRÍA, ello no excluye el reconocimiento de algún fenómeno de autotutela en el propio ámbito de las relaciones privadas. Esa autotutela privada, primero, es excepcional y, segundo, es facultativa. Excepcional, porque contradice el principio general de tutela judicial y precisa de un reconocimiento legal explícito, y también porque se constata en supuestos que en la práctica se producen en contadas ocasiones. Casos de autotutela privada son los de “estado de necesidad” (artículo 8.7 del Código Penal), el derecho de retención (art 1866 y 1872 del Código Civil), la facultad de cortar las raíces de un árbol ajeno que penetra en fundo propio (artículo 592 del CC), la de recuperar la posesión de un

enjambre (artículo 612 del Código Civil), y algunos casos más de autotutelas pactadas o reservadas entre las partes, cuya validez se valora de forma estricta. Cuando decimos que esta autotutela es facultativa, queremos decir que es actuable a iniciativa del sujeto y por su sola voluntad, a la que se exime de recabar la conformidad o el respaldo judicial, pero no con ello ha de construir un valladar que excluya de forma necesaria la actuación judicial

A diferencia de esta situación normal entre particulares, el principio o privilegio de autotutela de la Administración, que está definida de manera explícita en las leyes de modo que es su exclusión la que requiere un texto especial, tiene el siguiente significado y efectos. Una vez dictado un acto administrativo, que es una decisión unilateral de la Administración, se presume válido y es inmediatamente ejecutivo, despliega de inmediato sus efectos (cumplidos los requisitos de eficacia, como la notificación, la necesidad de aceptación, etc.) y es de obligado cumplimiento para el administrado afectado, sin necesidad de que sea declarada su previa validez por los Tribunales, aun en el caso de que el administrado no reconozca esa validez. Esta autotutela no enuncia simplemente un sistema de simples facultades de la Administración, sino que define un ámbito necesario de actuación, donde el poder del juez que da excluido, salvo en un momento singular de esa actuación y con poderes notablemente tasados. El juez no podrá penetrar en el ámbito de autotutela administrativa, interferir su desarrollo. No podrá evitar que la Administración dicte un acto ejecutorio o privar a dicho acto de ejecutoriedad, interferir en la ejecución del mismo o paralizar la actuación administrativa, ni pronunciarse sobre el contenido eventual de una relación antes de que la Administración lo haya ejecutoriamente declarado. Enunciado de forma positiva: el juez debe respetar la realización íntegra por la Administración de su potestad de autotutela; únicamente podrá intervenir cuando la autotutela esté ya producida y precisamente para verificar si la misma se ajusta o no al derecho materialmente aplicable.

Así, el art. 38 de la Ley 39/2015 establece que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, y el art. 39.1 añade que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que

se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. En el mismo sentido, el artículo 98.1 señala que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo se produzca la suspensión de su ejecución, se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición, una disposición establezca lo contrario o se necesite aprobación o autorización superior.

Ello implica, consecuentemente, que la carga de impugnar el acto recae sobre el administrado, que debe recurrirlo puesto que la presunción juega en favor de la validez. Ahora bien, la presunción de legalidad del acto administrativo desplaza sobre el ciudadano la carga de accionar, para evitar la firmeza de aquél, pero no afecta a la carga de la prueba, que ha de ajustarse a las reglas generales.

En segundo lugar, y como complemento poderoso del anterior privilegio, la autotutela ejecutiva o ejecutoriedad de los actos administrativos implica que la Administración puede ejecutar por sus propios medios, sin acudir a los Tribunales, los actos dictados por ella que no sean voluntariamente cumplidos por su destinatario. Establece a tal respecto el art. 99 de la Ley 39/2015 que la Administración pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrá proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales. Esta cualidad de los actos de la Administración se aplica a todos los que la Administración dicte, bien sean de protección de una situación preexistente, bien innovativos de dicha situación, creadores de situaciones nuevas, incluso gravosas para el administrado.

Ambos privilegios, el de ejecutividad y el de ejecutoriedad, que integran el principio de autotutela, han sido considerados conformes a la Constitución por el Tribunal Constitucional desde su sentencia 22/1984, de 17 de febrero, ya que sirven para garantizar la eficacia administrativa y evitar dilaciones indebidas en la ejecución de la acción administrativa, que además puedan poner en peligro la ejecución final de dicha actividad.



No obstante, dichos privilegios están sujetos al respeto de determinados derechos constitucionales: el de inviolabilidad de domicilio, por ejemplo, que exige la autorización judicial previa de la acción administrativa. Además, admiten excepciones cuando se obtiene como medida cautelar, en vía administrativa o jurisdiccional, la suspensión de la eficacia del acto administrativo.

En todo caso, hay que advertir que mientras la presunción de validez de los actos administrativos tiene un valor general respecto de toda la actividad administrativa, los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad sólo operan de forma plena en relación con el ejercicio de potestades de ordenación, sanción, limitación y ablación de derechos. Por lo que respecta a la ejecutoriedad, debe ser entendida también en razón de los fines que motivan su creación por el régimen de Derecho administrativo: afirmar la satisfacción de los intereses públicos aun en contra de la voluntad de los particulares que puedan resultar afectados.

Por ello, la ejecutoriedad no opera de forma plena en las actividades de prestación, con aceptación voluntaria por parte de los beneficiarios, que no persiguen en sí mismos ningún cumplimiento necesario o forzoso (por ejemplo, la subvención, servicios públicos voluntarios), aunque debe advertirse que en el seno de las relaciones que surgen con motivo de la aceptación de una actividad de prestación voluntaria puede darse el ejercicio de potestades de ordenación, sanción o limitación de derecho que sí tendrán ya la fuerza de la ejecutoriedad plena (por ejemplo, en el cumplimiento de la obligación de devolución del dinero de una subvención revocada por incumplimiento de las condiciones por las que se otorgó).

Finalmente, la autotutela se ve reforzada en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo por ciertas extensiones o reduplicaciones de la misma (GARCÍA DE ENTERRÍA) que fortalecen todavía más la posición de la Administración frente al administrado:

- La potestad sancionadora de la Administración, que permite en muchas ocasiones a ésta sancionar por su propia autoridad la falta de cumplimiento voluntario de los actos administrativos, y que es compatible e independiente con el privilegio de



autotutela ejecutiva o ejecutoriedad de aquéllos. Supone un reforzamiento notable de la autotutela ejecutiva: el particular que ha incumplido una obligación o un deber que le vinculaba a la Administración, no solo se arriesga a la ejecución forzosa de tal obligación, sino también a una sanción por su incumplimiento, sanción que impondrá directamente la Administración sin necesidad de acudir al juez

- La necesidad de interponer un previo recurso ante la propia Administración, que será quien lo resuelva, antes de acudir a los Tribunales, cuando se impugna un acto administrativo, siempre que éste no ponga a fin al vía administrativa (recurso de alzada). Esto supone el someter la reacción impugnatoria del particular que pretende destruir la legitimidad de los actos o ejecuciones administrativas sujetas al Derecho administrativo a una previa decisión de la Administración, a cuyo efecto se impone al particular la carga de residenciar ante ésta el correspondiente recurso.

- La imposibilidad de interponer acciones posesorias contra la actuación formalmente correcta de la Administración (art. 105 de la Ley 39/2015: "No se admitirán a trámite acciones posesorias contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido"). La prohibición de acciones posesorias es un corolario necesario de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad, pues de otra suerte se frustraría la ejecución material de los actos administrativos. La excepción la constituye la llamada vía de hecho, que supone una actividad material de la Administración que se ejecuta sin título jurídico que la ampare (COSCULLUELA MONTANER).

- Abusos de la autotutela

En primer lugar esta la aplicación de la autotutela administrativa a las relaciones entre privados, para lo cual se introduce en éstas una convencional intervención administrativa que no tiene otro objeto que buscar ese efecto. Este tipo de fórmulas, que PARADA VÁZQUEZ ha llamado arbitrales porque la Administración actúa supraordenadamente a los intereses en juego, han sido utilizadas por la legislación

preconstitucional (derechos de rectificación y réplica en materia de prensa, vivienda, relaciones laborales, seguros, etc.), pero son difícilmente admisibles hoy, a menos que se orienten como modalidades de arbitraje voluntario en el marco de la legislación de arbitraje.

En segundo lugar, y más grave, es la extensión de las técnicas de la autotutela administrativa al ámbito sancionador o represivo. Esta extensión se ha realizado de dos maneras: en primer término, aplicando la técnica de la sanción administrativa no sólo al cumplimiento de obligaciones especiales respecto a la Administración, sino también a infracciones cometidas contra el ordenamiento en general en el ámbito de las relaciones de supremacía general (infracciones en materia de seguridad ciudadana, de mercado, etc.), y en segundo término, haciendo disponibles como sanciones administrativas los bienes básicos de la vida civil (la libertad, la propiedad, el ejercicio profesional).

Como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA, se comprende inmediatamente, primero, que la autotutela administrativa está aquí fuera de lugar, puesto que las sanciones se aplican no para tutelar ninguna situación jurídica de la Administración, sino el orden social en su conjunto, y segundo, que la disponibilidad por la Administración de esos bienes básicos de los ciudadanos, al margen de cualquier relación previa con ella, trastorna las bases de la vida social y, en particular, la posición central del juez penal.

#### - Consecuencias de la Autotutela

Puede señalarse que su ejercicio comporta ciertas consecuencias:

1. Una procedimentalización formal de la actuación administrativa derivada de la dicción del apartado c) del artículo 105 de la Constitución: "La Ley regulará... c) el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos". Aunque el procedimiento administrativo no es por su naturaleza un proceso judicial, resulta obvio que aparece configurado sobre los esquemas de este último (actos ordenados a una resolución final, fases del procedimiento, principio de contradicción, distinción entre fases de alegaciones, prueba y resolución).
2. Debe destacarse que esa procedimentalización implica de hecho una actuación

escrita y formalmente generalizada.

3. Especial referencia ha de hacerse a la imposición de la necesidad de una motivación, mediante relación de hechos y fundamentación jurídica, de las declaraciones administrativas ejecutorias que restrinjan derechos o resuelvan conflictos y, en todo caso, de las ejecuciones.

4. Por último, es también una directa consecuencia de la autotutela el que las decisiones administrativas que declaren derechos se asemejen por su inmutabilidad a las decisiones judiciales, frente a la mutabilidad y variabilidad que es más bien la nota común de la apreciación administrativas. La Administración no puede rectificar libremente sus decisiones que declaren derechos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALONSO MAS, M.<sup>a</sup> J.: La solución justa en las resoluciones administrativas, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

BACIGALUPO SAGESSE, M.: La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución, Marcial Pons, Madrid, 1997.

BACIGALUPO SAGESSE, M.: "Las potestades administrativas", Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo, tomo III, La actividad de las Administraciones públicas, volumen I, La forma, Iustel, Madrid, 2009, págs. 13 a 41.

BELTRÁN DE FELIPE, M.: Discrecionalidad administrativa y Constitución, Tecnos, Madrid, 1995.

CHINCHILLA MARÍN, C.: La desviación de poder, Thomson-Civitas, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 2004.

COSCULLUELA MONTANER, L.: Manual de Derecho Administrativo, I, Thomson-Civitas, 26.<sup>a</sup> edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2015.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T..R.: De la arbitrariedad de la Administración, Civitas, 3.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.-R.: Curso de Derecho Administrativo, I, 17ª edición, y II, 14ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: Discrecionalidad administrativa y control judicial, Tecnos, Madrid, 1994.

## **TEMA 6**

# **LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

## **TEMA 6. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

### **1. INTRODUCCIÓN**

Una de las novedades más destacadas que introdujo en su día la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, fue la enunciación en su art. 35 de una lista de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas. Sin embargo, esta lista fue objeto de críticas por su carácter asistemático y, sobre todo, por entremezclar derechos generales que corresponden a todas las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas, con otros cuya titularidad se reserva sólo a quienes tienen la condición de interesados en un procedimiento administrativo.

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, intenta superar esta última deficiencia dividiendo la lista en dos: una de derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas, contenida en el art. 13, y otras de derechos del interesado en el procedimiento administrativo, contenida en el art. 53. Ambas se configuran como listas abiertas, pues no excluyen la titularidad de otros derechos que el Ordenamiento jurídico pueda reconocer a las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas o en su condición de interesadas en un procedimiento administrativo.

Existe, no obstante, un grave error en el encabezamiento de la lista del art. 13, pues se limita la titularidad de los derechos recogidos en ella a “quienes de conformidad con el artículo 3, tienen capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas”, confundiendo así la capacidad jurídica de las personas, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, con la capacidad de obrar, que es la aptitud para ejercer por uno mismo los derechos de los que se es titular y cumplir las obligaciones que le corresponden. En efecto, una cosa es quiénes pueden ejercer por sí mismos los derechos reconocidos en el artículo 13 (sólo las personas que tienen capacidad de obrar ante las Administraciones públicas) y otra quiénes son titulares de esos derechos, los cuales deberían corresponder a todas las personas que entablan relaciones jurídicas con las

Administraciones públicas y no sólo a las que tienen capacidad de obrar.

Por su parte, a efectos de la aplicación de los derechos del art. 53, hay que tener en cuenta que el art. 4.1 considera interesados en el procedimiento administrativo a los siguientes sujetos:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución definitiva.

## **2. DERECHOS DE LAS PERSONAS EN SUS RELACIONES CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

### **2.1. Derecho a comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración**

La Ley 39/2015 no define qué se entiende por "Punto de Acceso General electrónico de la Administración". El concepto legal más similar que se encuentra en nuestro Ordenamiento jurídico es el de "Portal de internet", que se recoge en el art. 39 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Según este precepto, portal de internet es el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público y que permite el acceso a través de internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente. Por tanto, el derecho a comunicarse con las Administraciones Públicas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración parece referirse a que tendrá que existir un portal de internet de carácter general que permita el acceso a las sedes electrónicas de todas la Administraciones, organismos y entidades de Derecho público.

Con todo, debe tenerse en cuenta que las previsiones de la Ley 39/2015 sobre esta

materia no entrarán en vigor hasta que no pasen dos años desde la fecha de entrada en vigor general de la ley (es decir, hasta el 2 de octubre de 2018), lo que retrasa la efectividad del derecho que nos ocupa hasta ese momento.

La Ley 39/2015 reconoce también, en su art. 14, un derecho a relacionarse electrónica con las Administraciones Públicas cuya titularidad corresponde a las personas físicas. Este derecho debe entenderse como la facultad de 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. Además, el medio elegido por la persona para comunicarse con las Administraciones Públicas podrá ser modificado por aquélla en cualquier momento.

En cambio, para las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídicas la relación por medios electrónicos con las Administraciones públicas no se formula como un derecho, sino como una obligación que se extiende a la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo.

## **2.2. Derecho a ser asistidos en el uso de medios electrónicos en sus relaciones con las Administraciones Públicas**

Este derecho aparece desarrollado en el art. 12 de la Ley 39/2015, que prevé que 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. A continuación, el precepto establece que las Administraciones Públicas asistirán en el uso de medios electrónicos a los interesados no incluidos en los apartados 2 y 3 del art. 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. Por tanto, la titularidad de este derecho parece corresponder únicamente a las personas físicas que no estén obligadas a relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones públicas.

Esa asistencia comprende la posibilidad de que, si alguno de estos interesados no



dispone de los medios electrónicos necesarios, su identificación o firma electrónica en el procedimiento administrativo sea 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.

### **2.3. Derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma**

Este derecho debe ponerse en relación, en primer lugar, con el artículo 54.11 del Estatuto Básico del Empleado Público (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), que recoge dentro del código de conducta que deben cumplir todos los empleados públicos el deber de garantizar la atención al ciudadano en la lengua que solicite, siempre que sea oficial en el territorio. En segundo lugar, también se relaciona con las previsiones sobre la lengua en los procedimientos administrativos contenidas en el art. 15 de la Ley 39/2015, que reproduce el texto del art. 36 de la Ley 30/1992:

- Procedimientos ante la Administración general del Estado

En principio, se tramitarán en castellano, pero los ciudadanos se pueden dirigir a los órganos administrativos con sede en el territorio de las Comunidades autónomas con más de una lengua oficial en cualquiera de ellas, y entonces se usará esa lengua en el procedimiento. Si los interesados son varios y discrepan sobre la lengua que se deba utilizar, prevalece el castellano, salvo en los documentos y testimonios que requieran aquéllos, que se le expedirán a cada persona en la lengua oficial que haya elegido.

- Procedimientos ante las Administraciones de las Comunidades autónomas y de los entes locales

Se aplicará lo que disponga la legislación autonómica, que deberá respetar en todo caso el derecho de los ciudadanos a usar cualquiera de las lenguas oficiales en las

Comunidades autónomas con más de una lengua oficial y a recibir los documentos a ellos dirigidos en la lengua oficial que soliciten expresamente.

Además, todos los documentos no redactados en castellano que vayan a surtir efectos fuera del territorio de la Comunidad autónoma de que se trate deberán ser traducidos por la propia Administración actuante al castellano, salvo que se dirijan al territorio de una Comunidad autónoma con lengua cooficial coincidente.

El problema de orden interpretativo, pero de fundamentales consecuencias prácticas, radica en la absoluta incertidumbre que rodea a la noción de “surtir efectos fuera del territorio de la Comunidad”. Para comenzar, todo expediente puede tener que surtir efectos fuera de dicho territorio (por ejemplo, por ser el acto con que finaliza objeto de recurso de casación o por constituir prueba ante la jurisdicción penal). Naturalmente, la traducción al castellano no habrá de hacerse preventivamente, en todo caso, sino cuando sea evidente e inevitable que el expediente deberá rebasar los límites del territorio autonómico. Pero en tal caso el cumplimiento de los plazos por parte de la Administración se relativizarían habida cuenta del tiempo que requiere cualquier traducción.

## **2.4. Derecho al acceso a la información pública, archivos y registros**

De acuerdo con el art. 105.b) de la Constitución, la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

La regulación anterior a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, recogida en la Ley 30/1992 y en un sinfín de normas sectoriales suponía un marco en exceso limitado y, en este sentido, como señala con acierto J. MESSEGUER, tanto los operadores jurídicos como la jurisprudencia han coincidido en reconocer las insuficiencias y lagunas de esta normativa que difícilmente podía satisfacer las expectativas generadas por el reconocimiento del derecho constitucional al acceso. En tiempos recientes la necesaria implementación del principio de transparencia y la consideración de los ciudadanos como destinatarios de la información en manos del poder público, han orientado algunas disposiciones normativas, como la relativa al medioambiente (Ley 27/2006, de 18 de julio) o, de forma puntual, algunas

previsiones en materia de régimen local (Ley 27/2013, de 27 de diciembre). Sin embargo, punto de inflexión, por su carácter general, se ha producido con la esperada Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Esta ley ha venido a establecer un nuevo régimen de acceso a los archivos y registros públicos y ha introducido importantes modificaciones. El objeto del derecho configurado en la norma aparece descrito en el art. 12: “todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el art. 105 b) de la Constitución Española desarrollados en esta Ley”. En el párrafo segundo deja al margen de la ley la normativa que las Comunidades Autónomas dicten en el ámbito de sus competencias, que en Galicia está recogida en el capítulo IV del título I de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno.

Definido el objeto del derecho de acceso, el art. 13 nos proporciona una definición de información pública como “los contenidos o documentos cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

Por tanto, una interpretación conforme al principio de accesibilidad máxima, acorde con una configuración del derecho de acceso requiere que la posibilidad de acceso sea efectivamente la regla general, permitiendo que el ejercicio de este derecho recaiga sobre las informaciones de que disponen los poderes públicos.

La regulación del acceso se contiene de forma esencial en la Ley 19/2013, sin perjuicio de otros regímenes especiales ya existentes, a los que se refiere la Disposición Adicional Primera, en la que se dice: “La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será aplicable al acceso por parte de quienes tienen la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que integren el mismo. 2 Se regirán por su normativa específica, y por esta ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan un régimen jurídico específico de acceso a la información. 3. En este sentido, esta ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la

reutilización". De esta forma, aquellas materias que tengan un régimen jurídico específico de acceso a la información se regirán por su normativa específica, respecto de la cual la Ley 19/2013 tendrá carácter supletorio.

La Exposición de Motivos señala las líneas básicas del sistema de límites del derecho de acceso que posteriormente desarrolla en los artículos 14 y 15. Siguiendo a MORETÓN TOQUERO, podemos señalar que los aspectos básicos de los límites que establece la ley se pueden sintetizar de la siguiente forma:

- En primer lugar, el sistema seguido por la ley es el de la previsión de un listado único de límites que recoge a las materias (art 14 de la ley) que eventualmente pueden entrar en conflicto con el derecho de acceso. La capacidad limitadora de esas materias viene dada por la necesidad de salvaguardar los intereses que protegen, bien atendiendo a la propia naturaleza de la información que pretende sea desvelada, bien por la necesidad de evitar el perjuicio de los intereses generales que podría producirse mediante el simple acceso a la información.
- En segundo lugar, para apreciar el conflicto que puede justificar la limitación del derecho de acceso la norma se remite a la aplicación de un test de daño, a la comprobación del perjuicio que el acceso a determinada información pueda producir sobre el interés que se pretende salvaguardar con la confidencialidad. Por ello, no parece que quepa una limitación de carácter absoluto sino que, será preciso constatar el eventual daño que la publicidad pueda causar a los intereses protegidos por dichas materias.

Debe matizarse que la Ley exige un daño y no un mero peligro para los bienes que intenta proteger.

- En tercer lugar, advertido el potencial daño que pudiera ocasionarse con el acceso a la información solicitada, la resolución del conflicto se lleva a cabo tras un proceso de ponderación, en el que se tienen en cuenta, por un lado el interés público en la divulgación de la información y por otro los derechos e intereses protegidos por la lista de materias, para decidir cual deba ser el objeto de protección, o en su caso, y como vía intermedia, reconocer un derecho de acceso parcial (art. 16 de la Ley

19/2013). Ahora bien, el citado acceso parcial tiene como límite la conservación de la propia información proporcionada, con lo que, lógicamente, quedará excluido el acceso parcial cuando resulte una información distorsionada o carente de sentido. En este caso se deberá indicar al solicitante que parte de la información ha sido omitida

En íntima conexión con el derecho de acceso, resulta oportuno referirse a las previsiones del art. 18 de la Ley respecto de las causas que pueden motivar la denegación de plano de la solicitud de acceso a la información. El citado precepto ordena taxativamente que se inadmitan a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes:

- a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general.
- b) Referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas.
- c) Relativas a información para cuya divulgación sea necesaria una acción previa de reelaboración.
- d) Dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información cuando se desconozca el competente.
- e) Que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley.

En cuanto a las materias que pueden limitar el derecho de acceso a la información, aparecen recogidas en el art. 14:

- a) La seguridad nacional.
- b) La defensa.
- c) Las relaciones exteriores.
- d) La seguridad pública.

- e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.
- f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.
- g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.
- h) Los intereses económicos y comerciales.
- i) La política económica y monetaria.
- j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.
- k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión.
- l) La protección del medio ambiente.

A este listado ha de añadirse la protección de los datos personales que, por su naturaleza y especificidad, merece una referencia separada en el art. 15 de la ley. De esta forma cuando la información solicitada pueda afectar de forma indirecta a la protección de datos personales, entrarán en funcionamiento los mecanismos de equilibrio necesarios establecidos en la ley. Así, si la información se refiere a datos especialmente protegidos regulados en el art. 7.2 de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, solo se podrá autorizar el acceso cuando se cuente con el consentimiento expreso y escrito del afectado, salvo que dicho afectado hubiere hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitara el acceso. Si se refiere a datos especialmente protegidos recogidos en el apartado 3 del citado precepto o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conlleven la amonestación pública al infractor, el acceso solo se podrá autorizar en caso de que exista consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviese amparado por una norma con rango de ley.

El procedimiento para el ejercicio de este derecho se iniciará mediante presentación de solicitud dirigida al órgano administrativo o entidad que posea la información. La solicitud podrá ser presentada por cualquier medio que permita tener constancia de:

- a) La identidad del solicitante.
- b) La información que se solicita.
- c) Una dirección de contacto, preferentemente electrónica, a efectos de comunicaciones.
- d) En su caso, la modalidad que se prefiera para acceder a la información solicitada.

El solicitante no deberá motivar su solicitud y podrá dirigirse a las Administraciones Públicas en cualquiera de las lenguas cooficiales del Estado.

Estudiada la solicitud y si esta se refiere a información que no obra en poder del sujeto al que se dirige, este la remitirá al competente si lo conociera. Cuando la solicitud no identifique de forma suficiente la información, se pedirá al solicitante que la concrete en el plazo de 10 días. Si la información pudiere afectar a derechos o intereses de terceros, se les concederá un plazo de 15 días para formular alegaciones. Cuando la información objeto de solicitud, aun obrando en el sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a este para que decida sobre la misma.

La resolución por la que conceda o deniegue el acceso debe notificarse al solicitante y a los terceros afectados en el plazo máximo de 1 mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver. Este plazo podrá ser ampliado por otro mes cuando el volumen o la complejidad de la información lo hagan necesario, comunicándolo previamente al solicitante.

Se motivarán las resoluciones que denieguen el acceso, las que concedan un acceso parcial o a través de modalidad distinta a la solicitada y las que permitan el acceso a pesar de la oposición de un tercero.

Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada.

Las resoluciones son recurribles directamente ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, sin perjuicio de la posibilidad de interponer

reclamación potestativa ante el Consejo de Transparencia y buen Gobierno o el órgano que señalen las Comunidades autónomas para su propio ámbito (en Galicia, el Valedor do Pobo, según el art. 28 de la Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno).

El acceso se realizará preferentemente por vía electrónica, salvo cuando no sea posible o el solicitante haya señalado de forma expresa otro medio y será gratuita, salvo que se expidan copias o se trasponga la información a formato diferente al original.

## **2.5. Derecho a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones**

Este derecho es un desarrollo en el plano administrativo del art. 10.1 de la Constitución, que dispone que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Se garantiza a través de las normas disciplinarias que prevén sanciones para las autoridades y personal al servicio de la Administración que actúen de manera irrespetuosa o vejatoria con los administrados.

En tal sentido, el art. 54 del Estatuto básico del empleado público impone como principios de conducta a todos los empleados públicos que traten con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos, que informen a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer, y que les faciliten el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

Este apartado incluye una clásica directriz de relaciones humanas, instrumentada en la forma de un complejo derecho-deber relativa a las reglas de trato cortés y cooperador que deben inspirar las relaciones entre miembros de la Administraciones Públicas y los ciudadanos.

La primera manifestación de este complejo es el deber de los servicios públicos de tratar "con respeto y deferencia" a los ciudadanos y simultáneamente el derecho de estos



a exigir dicho trato. No hay aquí variedad respecto de lo que ya se establece, como hemos visto, en la normativa sobre función pública, por más que la terminología sea variada. Así, el art. 7.o) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, sanciona la “falta de consideración” con los administrados y el 8.c) la “incorrección” con el público, y, de manera similar el art. 186.1 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, tipifica como falta disciplinaria grave la “desconsideración” con cualquier persona con la que se los funcionarios se relacionen en el ejercicio de sus funciones y el 187.1.c) la “incorrección” con los ciudadanos.

El segundo de los derechos-deberes que este precepto establece tiene, indudablemente, relación con lo que acabamos de mencionar, pero va mucho más allá en cuanto a la exigencia de trato a los ciudadanos, pues no sólo se impone que éste sea respetuoso y amable, sino también cooperador, desde el punto y hora en que los servidores públicos “habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones”. Baste comentar que el carácter personal de este deber impide considerarlo como una directriz objetiva, que viciaría de ilegalidad las normas y actos que arbitraria y gratuitamente, voluntariamente o por torpeza dificultasen gravemente el cumplimiento por los ciudadanos de sus deberes o el ejercicio de sus derechos.

## **2.6. Derecho a exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y autoridades, cuando así corresponda legalmente**

Se trata del derecho a obtener una indemnización por toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor, reconocido por el art. 106.2 de la Constitución y desarrollado en sus aspectos sustantivos por la Ley 40/2015 y en los procedimentales por la propia Ley 39/2015.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que los administrados no pueden exigir de manera directa responsabilidad administrativa a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, sino que se tienen que dirigir siempre contra esta última, que será luego la que reclame frente al responsable (art. 36 de la Ley 40/2015). En cambio, sí se puede

exigir directamente la responsabilidad penal y la civil derivada de delito (art. 37).

## **2.7. Derecho a la obtención y utilización de los medios de identificación y firma electrónica contemplados en la Ley 39/2015**

El artículo 9.2 de la Ley 39/2015 permite a los interesados identificarse electrónicamente ante las Administraciones Públicas a través de cualquier sistema que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad. En particular, serán admitidos los sistemas siguientes:

- a) Sistemas basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación». A estos efectos, se entienden comprendidos entre los citados certificados electrónicos reconocidos o cualificados los de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica.
- b) Sistemas basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación».
- c) Sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.

Cada Administración Pública podrá determinar si sólo admite alguno de estos sistemas para realizar determinados trámites o procedimientos, si bien la admisión de alguno de los sistemas de identificación previstos en la letra c) conllevará la admisión de todos los previstos en las letras a) y b) anteriores para ese trámite o procedimiento.

En todo caso, la aceptación de alguno de estos sistemas por la Administración General del Estado servirá para acreditar frente a todas las Administraciones Públicas, salvo prueba en contrario, la identificación electrónica de los interesados en el procedimiento administrativo.

En cuanto a los sistemas de firma electrónica, el artículo 10.2 de la Ley 39/2015 considera válidos los siguientes:

- a) Sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación». A estos efectos, se entienden comprendidos entre los citados certificados electrónicos reconocidos o cualificados los de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica.
- b) Sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación».
- c) Cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.

Cada Administración Pública, Organismo o Entidad podrá determinar si sólo admite algunos de estos sistemas para realizar determinados trámites o procedimientos de su ámbito de competencia. Asimismo, cuando así lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, las Administraciones Públicas podrán admitir los sistemas de identificación contemplados en esta Ley como sistema de firma cuando permitan acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y consentimiento de los interesados. Recíprocamente, cuando los interesados utilicen un sistema de firma de los previstos en el artículo 10 de la Ley 39/2015, su identidad se entenderá ya acreditada mediante el propio acto de la firma.

## **2.8. Derecho la protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las administraciones públicas**

Este derecho se halla desarrollado en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, que dedica el capítulo I de su título IV a los ficheros de titularidad pública. Así, el art. 20 de la ley prevé que la creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones públicas sólo podrán hacerse por medio de disposición general publicada en el "Boletín Oficial del Estado" o Diario oficial

correspondiente. Las disposiciones de creación o de modificación de ficheros deberán indicar:

- a) La finalidad del fichero y los usos previstos para el mismo.
- b) Las personas o colectivos sobre los que se pretenda obtener datos de carácter personal o que resulten obligados a suministrarlos.
- c) El procedimiento de recogida de los datos de carácter personal.
- d) La estructura básica del fichero y la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en el mismo.
- e) Las cesiones de datos de carácter personal y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a países terceros.
- f) Los órganos de las Administraciones responsables del fichero.
- g) Los servicios o unidades ante los que pudiesen ejercitarse los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
- h) Las medidas de seguridad con indicación del nivel básico, medio o alto exigible.

Por su parte, el art. 21 establece las reglas que rigen la comunicación de datos entre Administraciones públicas. Los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos. Asimismo, podrán ser objeto de comunicación los datos de carácter personal que una Administración pública obtenga o elabore con destino a otra. En todos estos casos, no será necesario el consentimiento del afectado.

En cambio, la comunicación de datos recogidos de fuentes accesibles al público no podrá efectuarse a ficheros de titularidad privada, sino con el consentimiento del interesado o cuando una ley prevea otra cosa.

Por su parte, el art. 22 regula en particular el régimen aplicable a los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Según este precepto, la recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad.

Si se trata de los datos especialmente protegidos a los que se refieren los apartados 2 y 3 del art. 7 de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal, su recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta, sin perjuicio del control de legalidad de la actuación administrativa o de la obligación de resolver las pretensiones formuladas en su caso por los interesados que corresponden a los órganos jurisdiccionales.

Los datos personales registrados con fines policiales se cancelarán cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad.

Por último, el art. 23 permite a los responsables de los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad denegar el acceso, la rectificación o cancelación en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando. Esta excepción se extiende a los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública cuando el ejercicio de los derechos mencionados obstaculice las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras. El afectado podrá ponerlo en conocimiento del Director de la

Agencia de Protección de Datos o del organismo competente de cada Comunidad Autónoma en el caso de ficheros mantenidos por Cuerpos de Policía propios de éstas, o por las Administraciones tributarias autonómicas, quienes deberán asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación.

Otra excepción a los derechos de los afectados, contemplada por el art. 24 de la Ley orgánica de protección de datos de carácter personal, consiste en que las obligaciones de información establecidas en el art. 5 de la misma no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales.

### **3. DERECHOS DEL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

#### **3.1. Derechos de información y a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los procedimientos**

El primer grupo de derechos que el art. 53 de la Ley 39/2015 reconoce en su letra a) al interesado en el procedimiento administrativo comprende los siguientes:

- Derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados.
- Derecho a conocer el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo.
- Derecho a conocer el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución (que debe ponerse en relación con el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos, reconocido en la letra b) del propio art. 53 de la Ley 39/2015).
- Derecho a conocer los actos de trámite dictados.
- Derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los procedimientos. Téngase en cuenta que el artículo 82 de la Ley 39/2015, cuando regula el trámite de audiencia en el procedimiento administrativo, matiza que, a la

hora de poner de manifiesto los procedimientos a los interesados, “se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre”, con lo que parece que serán de aplicación en este ámbito todas las limitaciones ya analizadas en relación con el derecho de acceso a la información pública, a pesar de que el régimen de esta ley en principio no es aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

Quienes se relacionen con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, tendrán derecho a consultar todas estas informaciones en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso. Se entenderá cumplida la obligación de la Administración de facilitar copias de los documentos contenidos en los procedimientos mediante la puesta a disposición de las mismas en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración competente o en las sedes electrónicas que correspondan.

### **3.2. Derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos**

El contenido de este derecho de identificación de las personas responsables de la tramitación debe ser precisado desde diversas perspectivas.

A lo que la norma alude es al deber de la Administración de facilitar al interesado, a su requerimiento, la identidad de los cargos públicos y funcionarios a los que les compete la responsabilidad de la tramitación de su expediente. La referencia que se hace a la tramitación de procedimientos debe interpretarse en sentido amplio, de modo que comprenda la realización de cualesquiera actuaciones por parte del funcionario o servidor público, den lugar o no a constancia documental. En el ámbito de las actuaciones no procedimentales o decisiones no procedimentalizadas (inspecciones, requerimientos, órdenes verbales, etc.). El derecho a la identificación entraña el deber correlativo de los funcionarios de facilitar su identidad a los interesados o destinatarios de la actuación administrativa, cuando sean requeridos para ello.

En otro orden de cosas, este derecho es esencial para poder ejercer la facultad legal de recusación reconocida a los interesados en los procedimientos administrativos por el art. 24.1 de la Ley 40/2015, según el cual en los casos previstos en el art. 23 podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. Asimismo, es igualmente esencial para poder solicitar que se exija responsabilidad disciplinaria a esas personas de acuerdo con lo previsto por los art. 21.6, 73.2 y 76.2 de la Ley 39/2015, en caso de que incumplan su deber de adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimientos.

### **3.3. Derecho a no presentar documentos originales salvo que, de manera excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario**

Este derecho aparece reiterado, desde el punto de vista de la Administración, en el art. 28.3 de la propia Ley 39/2015, que dispone que las Administraciones públicas no exigirán a los interesados la presentación de documentos originales, salvo que, con carácter excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario. En caso de que, excepcionalmente, deban presentar un documento original, tendrán derecho a obtener una copia autenticada de éste, como también reitera el art. 28.4 de la ley. En realidad, las Administraciones Públicas están obligadas con carácter general, de acuerdo con el art. 27.4, a expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los interesados y que se vaya a incorporar a un expediente administrativo.

Por último, señala el art. 28.5 que, excepcionalmente, cuando la relevancia del documento en el procedimiento lo exija o existan dudas derivadas de la calidad de la copia, las Administraciones podrán solicitar de manera motivada el cotejo de las copias aportadas por el interesado, para lo que podrán requerir la exhibición del documento o de la información original. Estas copias aportadas por los interesados al procedimiento administrativo tendrán eficacia exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas.



### **3.4. Derecho a no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas**

Conforme al art. 28.1 de la Ley 39/2015, los interesados deberán aportar al procedimiento administrativo los datos y documentos exigidos por las Administraciones Públicas de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable. Asimismo, los interesados podrán aportar cualquier otro documento que estimen conveniente.

Por el contrario, según el art. 28, que reitera lo establecido en la letra d) del art. 53, los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados, salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso. En ausencia de oposición del interesado, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

Cuando se trate de informes preceptivos ya elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramita el procedimiento, éstos deberán ser remitidos en el plazo de diez días a contar desde su solicitud. Cumplido este plazo, se informará al interesado de que puede aportar este informe o esperar a su remisión por el órgano competente.

Asimismo, las Administraciones Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. A estos efectos, el interesado deberá indicar en qué momento y ante que órgano administrativo presentó los citados documentos, debiendo las Administraciones Públicas recabarlos electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos

u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto. Se presumirá que esta consulta es autorizada por los interesados, salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso, debiendo, en ambos casos, ser informados previamente de sus derechos en materia de protección de datos de carácter personal.

Excepcionalmente, si las Administraciones Públicas no pudieran recabar los citados documentos, podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación.

### **3.5. Derecho a formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución**

Establece el art. 76.1 de la Ley 39/2015 que los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución. En cuanto a la utilización de los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento jurídico, hay que ponerlo en relación con la regulación de la prueba en el procedimiento administrativo, recogida en los arts. 77 y 78 de la Ley 39/2015. El primero de estos preceptos dispone en su apartado tercero que el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

### **3.6. Derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar**

Este derecho, en realidad, no debería figurar en la lista del art. 53, sino en la del art. 13, ya que su ejercicio es previo a la iniciación del procedimiento administrativo e, incluso, puede no estar vinculado a la intención de presentar una solicitud que dé inicio a un procedimiento, sino a la de presentar una comunicación previa o declaración responsable.

El empleo acumulativo de los términos “información y orientación” así como la referencia a que una y otra puedan afectar a los “requisitos jurídicos o técnicos” de los proyectos o solicitudes, permite hablar de un auténtico derecho a recibir asesoramiento en la confección de los mencionados documentos por parte de los servicios directamente competentes en la materia en el ámbito de la respectiva Administración. Concebido en estos términos, habrá de coincidirse que el tipo de asesoramiento a que la ley parece referirse es algo bastante distinto y mucho más intenso y exigente que la información suministrada mediante repetición mecánica tras un mostrador y por una persona carente de la competencia técnica necesaria, de unas fórmulas estereotipadas o que constituyen reproducción literal de las disposiciones legales aplicables al caso. Y, aunque este tipo de información sea digna de agradecer resulta claramente insuficiente. Cuestión diversa es la relativa a la viabilidad de preceptos como el que estamos comentando, que apuntan más a un modelo de Administración que coopera activamente con el ciudadano en el cumplimiento por este de sus obligaciones legales.

### **3.7. Derecho a actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses**

Este derecho se hallaba reconocido en el art. 85.2 de la Ley 30/1992, que disponía que “los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses”, aunque no aparecía recogido en la lista del art. 35. En cambio, la Ley 39/2015 sigue el criterio contrario, y no lo recoge ya entre las normas que regulan la participación de los interesados en el procedimiento administrativo, sino en la enunciación de los derechos de éstos.

### **3.8. Derecho a cumplir las obligaciones de pago a través de los medios electrónicos previstos en el artículo 98.2**

Este derecho es una novedad de la Ley 39/2015. De acuerdo con el art. 98.2 al que se remite la letra h) del art. 53, cuando de una resolución administrativa, o de cualquier otra forma de finalización del procedimiento administrativo prevista en la ley, nazca una obligación de pago derivada de una sanción pecuniaria, multa o cualquier otro derecho que haya de abonarse a la Hacienda pública, éste se efectuará preferentemente, salvo que

se justifique la imposibilidad de hacerlo, utilizando alguno de los medios electrónicos siguientes:

- a) Tarjeta de crédito y débito.
- b) Transferencia bancaria.
- c) Domiciliación bancaria.
- d) Cualesquiera otros que se autoricen por el órgano competente en materia de Hacienda Pública.

Lo que aporta el art. 53.h) es que, para el administrado, la utilización de estos medios de pago electrónicos es un derecho exigible directamente ante todas las Administraciones y organismos públicos y entidades a los que resulta de aplicación la Ley 39/2015.

## **BIBLIOGRAFÍA**

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, 26ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17ª edición, y II, 14ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

MESEGUER YEBRA, J.: *La transparencia en las Administraciones Públicas. El procedimiento de acceso a la información*, Edit Boch, 2013.

MORETÓN TOQUERO, A.: "Los límites del Derecho de acceso a la información pública", *Revista jurídica de Castilla-León* núm. 33, 2014.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón: *Derecho Administrativo*, I, 25ª edición, y II, 22ª edición, Open Ediciones Universitarias, Madrid, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho Administrativo. Parte general*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, I y II,

3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 7**

**EL ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS  
CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS.  
NORMATIVA DE APLICACIÓN EN LA  
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. SEDE  
ELECTRÓNICA. IDENTIFICACIÓN Y  
AUTENTICACIÓN. REGISTROS,  
COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES  
ELECTRÓNICAS. LA GESTIÓN ELECTRÓNICA DE  
LOS PROCEDIMIENTOS**

## **TEMA 7. EL ACCESO ELECTRÓNICO DE LOS CIUDADANOS A LOS SERVICIOS PÚBLICOS. NORMATIVA DE APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. SEDE ELECTRÓNICA. IDENTIFICACIÓN Y AUTENTICACIÓN. REGISTROS, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS. LA GESTIÓN ELECTRÓNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS**

### **1. NORMATIVA DE APLICACIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

#### **1.1. Antecedentes y régimen vigente**

La incorporación de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) a las Administraciones Públicas no es algo nuevo. La vieja Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 contemplaba la utilización de la mecanización en ciertas actuaciones administrativas. Pero sería la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común la que, en su primera versión, acogió en su art. 45 el impulso del empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Sin embargo, el desarrollo normativo más ambicioso de la llamada "Administración electrónica" llegó con la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (LAESP), que, en su mayor parte tenía carácter de norma básica (cfr. su Disposición Final 1ª).

Posteriormente, esta base normativa estatal sobre la Administración electrónica fue complementada reglamentariamente por tres RRDD: el RD 1671/2009 por el que se desarrolla parcialmente algunos de los contenidos de la LAESP como la transmisión de datos, sedes electrónicas y puntos de acceso general, identificación y autenticación, registros electrónicos, comunicaciones y notificaciones así como los documentos electrónicos y copias; el RD 3/2010 por el que se regula el "esquema nacional de seguridad"; y el RD 4/2010 por el que se regula el "esquema nacional de interoperabilidad".

Finalmente, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, ha derogado la LAESP y parcialmente el RD 1671/2009, y ha procedido junto con la Ley 40/2015, también de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, a integrar el régimen jurídico de la Administración

electrónica con la regulación estatal de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. No obstante, las previsiones de la legislación derogada relativas al registro electrónico de apoderamientos, registro electrónico, registro de empleados públicos habilitados, punto de acceso general electrónico de la Administración y archivo único electrónico mantienen su vigencia durante un periodo de dos años desde la entrada en vigor de la Ley 39/2015 (es decir, hasta el 1 de octubre de 2018, dado que dicha entrada en vigor se produce el 2 de octubre de 2016).

Por lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Galicia, aunque el proceso de modernización y informatización administrativa se comenzó a implantar casi desde sus inicios, su plasmación normativa ha sido más bien escasa. El Decreto 21/1999 reguló por primera vez la utilización de la red internet por la Comunidad Autónoma; luego el Decreto 164/2005 abordó la regulación del registro telemático de la Xunta de Galicia y sus relaciones con otros registros. Más adelante, la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración Pública Gallega, recogía entre sus fines en de “impulsar el empleo de las técnicas informáticas y telemáticas para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias” (art. 2.i) y dedicó su art. 8 a establecer algunos elementos normativos sobre la utilización de dichos medios electrónicos, informáticos y telemáticos. Sin embargo, este último texto legal ha quedado íntegramente derogado por la nueva Ley 1/2016, de 18 de enero, de transparencia y buen gobierno.

En la actualidad, la base normativa más completa de cuantas regulan la Administración electrónica gallega se contiene en el Decreto 198/2010, de 2 de diciembre, por el que se regula el desarrollo de la Administración electrónica en la Xunta de Galicia y en las entidades de ella dependientes (en adelante, DAEXG). Tras declarar –en su Preámbulo– que uno de los ejes fundamentales de la modernización e innovación tecnológica en las Administraciones Públicas de Galicia se encuentra en la mejora de la calidad de los servicios públicos mediante el desarrollo de la Administración electrónica, sobre la base de la normativa estatal vigente cuando se dictó, se desarrolla a lo largo de nueve Capítulos los diferentes aspectos de este régimen jurídico: la sede y los registros



electrónicos, la edición electrónica del Diario Oficial de Galicia, los procedimientos y mecanismos para la identificación y autenticación, la tramitación electrónicas de los procedimientos administrativos, las modalidades de comunicación y notificación electrónicas, el régimen del documento electrónico y su archivo y el de sus copias y certificados electrónicos, el expediente electrónico, los sistemas de interoperabilidad y de seguridad, etc.

El órgano de dirección de la Xunta de Galicia con competencias generales en materia de desarrollo de la administración electrónica tiene reconocidas en el art. 40 del DAEXG una serie de funciones para ordenación, planificación y gestión de los servicios e instrumentos correspondientes, así como la elaboración de protocolos, estándares, guías de estilo, normas y especificaciones técnicas aplicables a dichos servicios.

## **1.2. Principios de la regulación de la Administración electrónica**

Con la regulación de la “Administración electrónica” el ordenamiento jurídico se propone reconocer el derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas (arts. 13.a) y 14.1 de la Ley 39/2015) y establecer los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas, y todo esto asegurando la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizando la protección de los datos de carácter personal y facilitando preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados (art. 3.2 de la Ley 40/2015).

Los **fines que persigue la regulación de la Administración electrónica** aparecen enunciados en el art. 2 del DAEXG, que los divide en tres grupos:

### **A) De carácter general:**

- a) Ordenar e impulsar la Administración electrónica, a fin de mejorar la eficiencia interna, las relaciones intra e inter administrativas y las relaciones con los ciudadanos.
- b) Garantizar el derecho de los ciudadanos a relacionarse por medios electrónicos

con la Administración pública autonómica.

- c) Contribuir al desarrollo de la sociedad de la información en el ámbito de las administraciones públicas de Galicia.
- d) Preservar la integridad de los derechos fundamentales relacionados con la intimidad de las personas, para la garantía de la seguridad de los datos y de las comunicaciones y para la protección de los servicios prestados en soporte electrónico.
- e) Facilitar el acceso de los ciudadanos a los servicios de la Administración electrónica en las oficinas telemáticas integradas de atención a los ciudadanos, basadas en la cooperación interadministrativa, ofreciendo servicios a los ciudadanos en oficinas públicas, con independencia de cuál sea la Administración competente para conocer el asunto.
- f) Posibilitar la intermediación entre administraciones públicas para la resolución de trámites administrativos solicitados a los ciudadanos cuando sean de competencia de la Xunta de Galicia.

## **B) En relación con los ciudadanos:**

- a) Facilitar el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes, empleando para ello soportes electrónicos y sin que suponga en ningún caso merma de sus garantías jurídicas.
- b) Facilitar el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo, con especial atención a la eliminación de las barreras que limiten este acceso.
- c) Promover la cercanía con el ciudadano y la transparencia administrativa, así como la mejora continuada en la consecución del interés general.
- d) Posibilitar la utilización de los procedimientos electrónicos disponibles de una forma personalizada y directa.

- e) Incrementar la participación ciudadana en la actividad administrativa.
- f) Garantizar una estabilidad de la información electrónica, entendida como valor de seguridad informativa y jurídica.

**C) En relación con la Xunta de Galicia y sus organismos públicos:**

- a) Contribuir a la mejora del funcionamiento interno de la Xunta de Galicia y sus organismos públicos, incrementando la eficacia y la eficiencia de éstas mediante el uso de las tecnologías de la información.
- b) Fomentar los principios de proximidad al ciudadano y de transparencia en la actividad administrativa.
- c) Aumentar la eficiencia en el ejercicio de sus competencias y funciones con el empleo de los sistemas electrónicos más avanzados en cada momento.
- d) Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia.
- e) Mejorar las condiciones de satisfacción del interés público, simplificando los procedimientos administrativos.
- f) Fomentar el empleo de las novedades técnicas, informáticas, electrónicas y telemáticas en sus relaciones con otras administraciones públicas en el marco de la cooperación y colaboración interadministrativas.
- g) Contribuir en la integridad, veracidad y actualización de las informaciones, servicios y transacciones a las que pueden acceder.

El art. 6 del DAEXG establece una serie de **previsiones generales que han de orientar la implantación de la Administración Electrónica** y que son las siguientes:

- a) Accesibilidad: se adoptarán todas las medidas técnicas necesarias a fin de satisfacer lo previsto en la normativa sobre accesibilidad.
- b) Austeridad: se adoptarán todas las medidas de austeridad y disciplina del gasto

garantizando los criterios de eficiencia y transparencia establecidos.

c) Uso de la lengua gallega: se adoptarán todas las medidas técnicas necesarias a fin de satisfacer lo previsto en la normativa sobre el uso de la lengua gallega.

d) Promoción y difusión del uso de la Administración electrónica: se adoptarán todas las medidas de promoción, difusión y acceso a la Administración electrónica a través de la red de oficinas de atención al ciudadano de la Xunta de Galicia, o de otras unidades orientadas a la atención a los ciudadanos.

e) Ejercicio de la competencia mediante la actuación administrativa automatizada: tanto los órganos y unidades de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, como las entidades del sector público autonómico y los órganos con dotación diferenciada en los presupuestos de la comunidad autónoma de Galicia que, careciendo de personalidad jurídica, no estén formalmente integrados en la administración de la comunidad autónoma, impulsarán la automatización de los procesos que por sus características y por razones de eficiencia lo justifiquen, sin que se produzca ninguna reducción de garantías de los administrados y, si procede, determinando el órgano responsable a los efectos de impugnación.

Por último, el art. 7 del DAEXG se ocupa de las **políticas de convergencia hacia la igualdad efectiva**. Esto supone que en la aplicación de Administración Electrónica se tendrán que adoptar todas las medidas necesarias hacia la efectiva aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Asimismo, se garantizará que tanto los ciudadanos con algún tipo de discapacidad como las personas mayores que se relacionan con las Administraciones públicas puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones, con independencia de sus circunstancias personales, sus medios o conocimientos.

## **2. LA SEDE ELECTRÓNICA**

Según el art. 38 de la Ley 40/2015, se entiende por sede electrónica aquella dirección electrónica, disponible para los ciudadanos a través de redes de

telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración Pública, o bien a una o varios organismos públicos o entidades de Derecho Público en el ejercicio de sus competencias. El establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma.

Cada Administración Pública determinará las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas, con sujeción a los principios de transparencia, publicidad, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. En todo caso, deberá garantizarse la identificación del órgano titular de la sede, así como los medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas. Asimismo, las sedes electrónicas dispondrán de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras siempre que sean necesarias. Las sedes electrónicas utilizarán, para identificarse y garantizar una comunicación segura con las mismas, certificados reconocidos o cualificados de autenticación de sitio web o medio equivalente.

La publicación en las sedes electrónicas de informaciones, servicios y transacciones respetará los principios de accesibilidad y uso de acuerdo con las normas establecidas al respecto, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

La sede electrónica debe diferenciarse el portal de internet, que se define en el art. 39 de la Ley 40/2015 como el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponda a una Administración Pública, organismo público o entidad de Derecho Público que permite el acceso a través de internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente.

La sede electrónica de la Xunta de Galicia está regulada en los arts. 8 y 9 del DAEXG. Según este último precepto, a través de la misma se accederá entre otros, a los siguientes contenidos:

- a) A la identificación de la dirección electrónica de referencia de la sede, de su titular y de su ámbito de aplicación, así como de los servicios puestos a disposición de los ciudadanos en la misma.

- b) A la posibilidad de acceso en gallego y en castellano a sus contenidos y servicios, incluida la tramitación íntegra de los procedimientos.
- c) A la información relativa a la estructura orgánica de la Xunta de Galicia, así como a la información autonómica de carácter general que se considere oportuna.
- d) A la información necesaria para la correcta utilización de la sede, incluyendo la relación de sistemas de firma electrónica avanzada que sean admitidos o utilizados en la sede.
- e) Al sistema de verificación de los certificados de la sede, que estará accesible de forma directa y sin coste.
- f) A la Guía de procedimientos y servicios, que contendrá una relación de los procedimientos y servicios a disposición de los ciudadanos y de los empleados públicos, con indicación de los plazos de resolución, sentido del silencio, cuáles no pueden ser tramitados electrónicamente en todo o sólo en parte, así como la normativa aplicable. Además, se incorporarán los formularios normalizados que sean de aplicación en cada uno de ellos.
- g) Al apartado de quejas y sugerencias desde la cual los ciudadanos podrán interponer las que estimen oportunas.
- h) A la Carpeta del ciudadano en el que se podrá consultar la información sobre el estado de tramitación del procedimiento, que comprenderá la relación de los actos de trámite realizados, indicación de su contenido, así como la fecha en la que fueron dictados.
- i) Al *Diario Oficial de Galicia*.
- j) A la verificación de los sellos electrónicos de los órganos u organismos públicos que abarquen la sede.
- k) A la comprobación de la autenticidad e integridad de los documentos emitidos por los órganos u organismos públicos que abarca la sede y que hubieran sido firmados mediante un código seguro de verificación.

- l) A la indicación de la fecha y la hora oficiales.
- m) A la información incluida en el Tablón de anuncios electrónicos de la Xunta de Galicia.
- n) A los expedientes sometidos a información pública.
- o) Al enlace a la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia.

La sede electrónica da acceso tanto al registro electrónico único de la Xunta de Galicia, regulado en el art. 11 del DAEXG, como al tablón de anuncios electrónico de la Xunta de Galicia, regulado en el art. 12 de dicho texto normativo.

Mediante Orden de 15 de septiembre de 2011 se aprobó la puesta en funcionamiento de la sede electrónica de la Xunta de Galicia. En dicha norma se fija como ámbito de aplicación de la misma la totalidad de los órganos de la Administración general de la Xunta de Galicia y las entidades instrumentales del sector público autonómico y se establece como fecha de comienzo de la sede electrónica de la Xunta de Galicia el de la publicación de la Orden en el Diario oficial de Galicia (23 de septiembre de 2011).

### **3. IDENTIFICACIÓN E AUTENTICACIÓN**

Una cuestión principal en las comunicaciones electrónicas entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas son las formas de identificación y autenticación. La Ley 39/2015 se ocupa de regular la identificación y la firma electrónica de los particulares, mientras que la Ley 40/2015 hace lo propio con las de las Administraciones Públicas.

#### **3.1. Identificación y firma electrónica de los particulares**

El art. 9.2 de la Ley 39/2015 permite a los interesados identificarse electrónicamente ante las Administraciones Públicas a través de cualquier sistema que cuente con un registro previo como usuario que permita garantizar su identidad. En particular, serán admitidos los sistemas siguientes:

- a) Sistemas basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de

prestadores de servicios de certificación». A estos efectos, se entienden comprendidos entre los citados certificados electrónicos reconocidos o cualificados los de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica.

b) Sistemas basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación».

c) Sistemas de clave concertada y cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.

Cada Administración Pública podrá determinar si sólo admite alguno de estos sistemas para realizar determinados trámites o procedimientos, si bien la admisión de alguno de los sistemas de identificación previstos en la letra c) conllevará la admisión de todos los previstos en las letras a) y b) anteriores para ese trámite o procedimiento.

En todo caso, la aceptación de alguno de estos sistemas por la Administración General del Estado servirá para acreditar frente a todas las Administraciones Públicas, salvo prueba en contrario, la identificación electrónica de los interesados en el procedimiento administrativo.

En cuanto a los sistemas de firma electrónica, el art. 10.2 de la Ley 39/2015 considera válidos los siguientes:

a) Sistemas de firma electrónica reconocida o cualificada y avanzada basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de firma electrónica expedidos por prestadores incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación». A estos efectos, se entienden comprendidos entre los citados certificados electrónicos reconocidos o cualificados los de persona jurídica y de entidad sin personalidad jurídica.

b) Sistemas de sello electrónico reconocido o cualificado y de sello electrónico avanzado basados en certificados electrónicos reconocidos o cualificados de sello electrónico incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación».



c) Cualquier otro sistema que las Administraciones Públicas consideren válido, en los términos y condiciones que se establezcan.

Cada Administración Pública, Organismo o Entidad podrá determinar si sólo admite algunos de estos sistemas para realizar determinados trámites o procedimientos de su ámbito de competencia. Asimismo, cuando así lo disponga expresamente la normativa reguladora aplicable, las Administraciones Públicas podrán admitir los sistemas de identificación contemplados en esta Ley como sistema de firma cuando permitan acreditar la autenticidad de la expresión de la voluntad y consentimiento de los interesados. Recíprocamente, cuando los interesados utilicen un sistema de firma de los previstos en el art. 10 de la Ley 39/2015, su identidad se entenderá ya acreditada mediante el propio acto de la firma.

Por último, el art. 12.2 de la Ley 39/2015 prevé que las Administraciones Públicas asistirán en el uso de medios electrónicos a los interesados no obligados a relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas 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.

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 art.. 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 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.

### **3.2. Identificación y autenticación de las Administraciones y los empleados públicos**

En cuanto a las Administraciones Públicas, el art. 40 de la Ley 40/2015 prevé que podrán identificarse mediante el uso de un sello electrónico basado en un certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica (Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica). Estos certificados electrónicos incluirán el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente, así como, en su caso, la identidad de la persona titular en el caso de los sellos electrónicos de órganos administrativos. La relación de sellos electrónicos utilizados por cada Administración Pública, incluyendo las características de los certificados electrónicos y los prestadores que los expiden, deberá ser pública y accesible por medios electrónicos. Además, cada Administración Pública adoptará las medidas adecuadas para facilitar la verificación de sus sellos electrónicos.

Por lo que se refiere a los sistemas de firma electrónica utilizables por las Administraciones Públicas, hay que distinguir los previstos para la actuación administrativa automatizada, que es aquella en la que no ha intervenido de forma directa un empleado público (art. 41.1 de la Ley 40/2015), de los previstos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas.

De acuerdo con el art. 42 de la Ley 40/2015, en el ejercicio de la competencia en la actuación administrativa automatizada, cada Administración Pública podrá determinar los supuestos de utilización de los siguientes sistemas de firma electrónica:

- a) Sello electrónico de Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico reconocido o cualificado que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica.
- b) Código seguro de verificación vinculado a la Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de Derecho Público, en los términos y condiciones establecidos, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente.

Por su parte, el art. 42 de la Ley 40/2015 señala que, fuera de los supuestos anteriores, la actuación de una Administración Pública, órgano, organismo público o entidad de derecho público, cuando utilice medios electrónicos, se realizará mediante firma electrónica del titular del órgano o empleado público. Cada Administración Pública determinará los sistemas de firma electrónica que debe utilizar su personal, los cuales podrán identificar de forma conjunta al titular del puesto de trabajo o cargo y a la Administración u órgano en la que presta sus servicios. Por razones de seguridad pública los sistemas de firma electrónica podrán referirse sólo el número de identificación profesional del empleado público.

Finalmente, el art. 44 de la Ley 40/2015 le da la misma validez que a los sistemas antes mencionados, a efectos de autenticación e identificación, al intercambio electrónico de datos entre Administraciones Públicas en entornos cerrados de comunicación.

### **3.3. Sistemas de firma electrónica admitidos por la normativa gallega**

En la normativa gallega se distinguen –y se admiten- **cuatro sistemas de firma electrónica:**

- Los sistemas de firma electrónica incorporados al “documento nacional de identidad” para las personas físicas o, también llamado “DNI electrónico” (cfr. art. 14, 2, a) DAEXG).
- Los sistemas de “firma electrónica avanzada”, basados en certificados electrónicos reconocidos, admitidos por las Administraciones Públicas que tengan validez en Galicia y que se especifiquen en la sede electrónica (cfr. art. 14, 2, b) y 16 del DAEXG).
- Los sistemas de firma electrónica, como la utilización de claves concertadas en un registro previo como persona usuaria inscrita en el registro de funcionarios habilitados por la Xunta de Galicia (cfr. art. 14,2, c) DAEXG).
- Otros sistemas de identificación que resulten proporcionales y seguros para la identificación de las personas interesadas (art. 14, 2, d) DAEXG).

Por su parte, las sedes electrónicas de la Xunta de Galicia y de las entidades dependientes de ella, se identificarán electrónicamente –como establece el art. 17, 1 DAEXG- “con la aplicación conjunta de los sistemas de firma electrónica basados en certificados de dispositivo seguro o medio equivalente”, como por ejemplo, el “certificado de sede” (cfr. art. 17, 3 DAEXG). Y en cuanto a la identificación de los empleados públicos, la Xunta de Galicia y las entidades dependientes, les proveerán de sistemas de firma conforme a la normativa estatal (Ley 59/2003), siempre que proporcionen las garantías suficientes sobre su validez y origen (cfr. art. 18, 1 y 2 DAEXG). En este último caso, las entidades públicas tendrán un registro actualizado de los funcionarios habilitados para la identificación o autenticación de los ciudadanos (cfr. art. 19 DAEXG).

En desarrollo del Decreto se han dictado dos disposiciones, en primer lugar, la Orden de 6 de febrero de 2014, por la que se aprueba el protocolo de identificación y firma electrónica de la Administración General y del sector público autonómico, y la Resolución de 22 de febrero de 2014, por la que se aprueba la política de firma electrónica y de certificados de la Administración General y del sector público autonómico, que procede del ente con competencias en materia de firma electrónica (la Agencia para la Modernización Tecnológica de Galicia-AMTEGA, creada por Decreto 252/2011, de 15 de diciembre, a la que se le atribuye la definición, desarrollo y ejecución de los instrumentos de la política de la Xunta de Galicia relativa a la tecnología de la información y comunicaciones, así como el desarrollo tecnológico).

## **4. REGISTROS, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS.**

### **4.1. Registros electrónicos**

El registro electrónico de la Xunta de Galicia está regulado en el art. 11 del DAEXG, que sigue siendo íntegramente de aplicación mientras no entren en vigor las disposiciones sobre registros de la Ley 39/2015 (2 de octubre de 2018). Según el precepto mencionado, la Xunta de Galicia dispondrá de un registro electrónico único, de acceso libre y gratuito en la sede electrónica, el cual permitirá la recepción y remisión de solicitudes, escritos y comunicaciones durante las veinticuatro horas de todos los días del año. Este sistema del Registro Electrónico garantizará la interconexión e integración con el registro general, así

como el cumplimiento de los requisitos y garantías de integridad, seguridad, normalización y conservación.

El Registro Electrónico se regirá a todos los efectos por la fecha y la hora oficiales de la sede electrónica y su funcionamiento solamente se podrá interrumpir por motivos justificados de carácter técnico, operativo o relativos a su mantenimiento, y por el tiempo mínimo posible. Esta interrupción se tendrá que anunciar a las personas interesadas con la máxima antelación posible. En el supuesto de interrupción no planificada en el funcionamiento del Registro Electrónico y, siempre que sea técnicamente posible, la persona usuaria que acceda a éste deberá visualizar un mensaje en el que se comunique esta circunstancia, lo que deberá servir de constancia documental para la presentación de la solicitud, escrito o comunicación.

La principal novedad que introduce la Ley 39/2015 frente a la regulación anterior es que los registros presenciales se convierten en simples “oficinas de asistencia en materia de registros”, de manera que los únicos registros administrativos que existirán cuando estas previsiones entren en vigor serán los electrónicos. Así, según el art. 16.5 de la Ley 39/2015, los documentos presentados de manera presencial ante las Administraciones Públicas deberán ser digitalizados por la oficina de asistencia en materia de registros en la que hayan sido presentados para su incorporación al expediente administrativo electrónico, devolviéndose los originales al interesado, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la norma determine la custodia por la Administración de los documentos presentados o resulte obligatoria la presentación de objetos o de documentos en un soporte específico no susceptibles de digitalización.

De acuerdo con el art. 16.1 de la Ley 39/2015, cada Administración dispondrá de un Registro Electrónico General, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, Organismo público o Entidad vinculado o dependiente a éstos. También se podrá anotar en el mismo la salida de los documentos oficiales dirigidos a otros órganos o particulares. Los Organismos públicos vinculados o dependientes de cada Administración podrán disponer de su propio registro electrónico plenamente interoperable e interconectado con el Registro Electrónico General de la Administración de la que depende; el Registro

Electrónico General de cada Administración funcionará como un portal que facilitará el acceso a los registros electrónicos de cada Organismo. Además, los registros electrónicos de todas y cada una de las Administraciones deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros.

Tanto el Registro Electrónico General de cada Administración como los registros electrónicos de cada Organismo cumplirán con las garantías y medidas de seguridad previstas en la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

Las disposiciones de creación de los registros electrónicos se publicarán en el diario oficial correspondiente y su texto íntegro deberá estar disponible para consulta en la sede electrónica de acceso al registro. En todo caso, las disposiciones de creación de registros electrónicos especificarán el órgano o unidad responsable de su gestión, así como la fecha y hora oficial y los días declarados como inhábiles.

En la sede electrónica de acceso a cada registro figurará la relación actualizada de trámites que pueden iniciarse en el mismo.

Los asientos se anotarán respetando el orden temporal de recepción o salida de los documentos, e indicarán la fecha del día en que se produzcan. Concluido el trámite de registro, los documentos serán cursados sin dilación a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes desde el registro en que hubieran sido recibidas. El registro electrónico de cada Administración u Organismo garantizará la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del documento que se registra. Para ello, se emitirá automáticamente un recibo consistente en una copia autenticada del documento de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro, así como un recibo acreditativo de otros documentos que, en su caso, lo acompañen, que garantice la integridad y el no repudio de los mismos.

## **4.2. Comunicaciones electrónicas**

En cuanto a las comunicaciones electrónicas, el art. 14 de la Ley 39/2015 reconoce a las personas físicas el derecho a 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, aunque el art. 24.8 DAEXG matiza que el órgano u organismo actuante podrá limitar sucesivos cambios en el medio elegido en la tramitación de un mismo procedimiento, en caso de que se aprecie un uso abusivo del derecho.

Se impone directamente *ex lege* la obligación de relacionarse a través de medios electrónicos a los siguientes sujetos:

- a) Las personas jurídicas.
- b) Las entidades sin personalidad jurídica.
- c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.
- d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.
- e) Los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

Además, reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad

económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

El art. 24 del DAEXG añade que las comunicaciones electrónicas serán válidas siempre que exista constancia de la transmisión y de la recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones, y que se identifiquen fehacientemente la persona remitente y el ciudadano destinatario de ellas. A estos efectos, la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, las entidades del sector público autonómico y los demás órganos a los que resulta de aplicación el DAEXG publicarán en la sede electrónica los medios electrónicos que los ciudadanos podrán emplear en sus comunicaciones con ellos. Los requerimientos de seguridad e integridad de las comunicaciones se establecerán en cada caso de forma apropiada al carácter de los datos objeto de aquéllas, de acuerdo con criterios de proporcionalidad, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente en materia de protección de datos de carácter personal.

Finalmente, el art. 3.2 de la Ley 40/2015 prevé que las Administraciones Públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizarán la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados.

#### **4.3. Notificaciones electrónicas**

El art. 41.1 de la Ley 39/2015 establece que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía. La notificación será electrónica en los casos en los que exista obligación de relacionarse de esta forma con la Administración; además, reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.



No obstante lo anterior, las Administraciones podrán practicar las notificaciones por medios no electrónicos en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento.
- b) Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante.

Por el contrario, en ningún caso se efectuarán por medios electrónicos las siguientes notificaciones:

- a) Aquellas en las que el acto a notificar vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico.
- b) Las que contengan medios de pago a favor de los obligados, tales como cheques.

Los interesados que no estén obligados a recibir notificaciones electrónicas, podrán decidir y comunicar en cualquier momento a la Administración Pública, mediante los modelos normalizados que se establezcan al efecto, que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por medios electrónicos.

Adicionalmente, el interesado podrá identificar un dispositivo electrónico y/o una dirección de correo electrónico que servirán para el envío de los avisos de puesta a disposición de notificaciones electrónicas, pero no para la práctica de notificaciones. En este sentido, el art. 25.4 del DAEXG prevé que, a fin de facilitar la notificación, se podrá proporcionar a la Administración y a las entidades del sector público otras direcciones electrónicas asociadas a un medio electrónico de comunicación habilitado por la Xunta de Galicia a los que éstas puedan enviar avisos auxiliares de que se realizó o, en su caso, intentó realizar la notificación electrónica, o de que ésta se encuentre pendiente.

Con independencia de que la notificación se realice en papel o por medios

electrónicos, las Administraciones Públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.

De acuerdo con el art. 43 de la Ley 39/2105, las notificaciones por medios electrónicos se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u Organismo. Se entiende por comparecencia en la sede electrónica, el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación.

Cuando el medio electrónico señalado a los efectos de notificación sea la dirección electrónica habilitada, el art. 25.5 del DAESG prevé que se revocará en los siguientes supuestos:

- a) Por solicitud de su titular, que tendrá el deber de indicar otro medio electrónico, o bien otro medio de notificación diferente del inicialmente elegido.
- b) Por defunción de la persona física o extinción de la persona jurídica titular del medio electrónico.
- c) Por resolución administrativa o judicial.
- d) Por inhabilitación debida a la ausencia total de uso para presentar notificaciones en el transcurso de tres años, previa comunicación a la persona interesada.

Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido, pero, cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.

Se entenderá cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u Organismo actuante o en la dirección electrónica habilitada única.

Los interesados podrán acceder a las notificaciones desde el Punto de Acceso General electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso.

## **5. LA GESTIÓN ELECTRÓNICA DE LOS PROCEDIMIENTOS**

La regulación del procedimiento administrativo que lleva a cabo la Ley 39/2015 generaliza la gestión electrónica de los procedimientos administrativos, pues su art. 70.2 señala que los expedientes administrativos 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. Estas previsiones serán plenamente operativas cuando entren en vigor las disposiciones de la Ley 39/2015 sobre registros, que eliminan los registros administrativos presenciales y sólo mantienen los de carácter electrónico.

Por su parte, la normativa gallega vigente en esta materia dispone en primer lugar la elaboración de una “guía de procedimientos y servicios” que –permanentemente actualizada- se ponga a disposición de los ciudadanos y empleados públicos (cfr. art. 20 DAEXG).

La “habilitación de procedimientos administrativos” por medios electrónicos debe cumplir ciertos requisitos, como el respeto de ejercicio y titularidad del órgano entidad que tenga atribuidas sus competencias así como el cumplimiento de los correspondientes requerimientos formales y materiales (cfr. Art. 21, 1 DAEXG); con la realización de un análisis previo de rediseño funcional y simplificación de los procedimientos (cfr. art. 21, 3 DAEXG); su publicación en la sede electrónica de la Xunta de Galicia (cfr. art. 21, 5 DAEXG).

Sobre las fases del procedimiento administrativo electrónico, el DAEXG establece algunas determinaciones jurídicas: los sujetos –públicos y privados- que pueden iniciar o activar el procedimiento, la disponibilidad de modelos o sistemas electrónicos de solicitudes en la sede electrónica, la forma de aportar al expediente copias digitalizadas de los documentos, la identidad de los órganos que resuelven el procedimiento, las notificaciones de las resoluciones, etc (cfr. art. 22 DAEXG).

En desarrollo de la citada regulación se dicta la **Orden de 12 de enero de 2012 por la que se regula la habilitación de procedimientos administrativos y servicios en la Administración General y en el sector público autonómico de Galicia.**

Con dicha orden se pretende desarrollar el mecanismo de habilitación de los procedimientos administrativos y servicios a disposición de los ciudadanos, establecidos por disposiciones de carácter general, bajo los principios de simplificación y reducción de cargas administrativas. Se declara que este mecanismo será en particular aplicable a las bases reguladoras y convocatorias de subvenciones.

Los procedimientos que sean objeto de habilitación se integrarán en la Guía de procedimientos y servicios disponible en la sede electrónica de la Xunta de Galicia. Esta Guía incorporará los formularios normalizados que resulten necesarios para la tramitación de los procedimientos.

La gestión de los procedimientos y el acceso a los servicios recogidos en la Guía se realizará a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia o en su caso de las sedes electrónicas que se puedan crear en un futuro.

La gestión electrónica de los procedimientos y servicios respetará la titularidad y el ejercicio de la competencia del órgano o entidad que la tenga atribuida, así como el cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos en las normas que regulen la respectiva actividad. Las solicitudes de iniciación de procedimientos y servicios deberán ajustarse con carácter general, a los formularios normalizados disponibles en la Guía.

La norma contiene disposiciones relativas a la racionalización administrativa. Para ello parte de la premisa de que para la gestión y resolución de los expedientes solo podrán exigirse los documentos o datos que sean estrictamente necesarios para conformar la voluntad de la Administración y resolver cada procedimiento, siempre que la Administración no lo pueda obtener por sus medios.

En concreto no se podrá solicitar a los interesados:

- Fotocopia del DNI o documento equivalente.
- Certificado de empadronamiento.
- Aquellos documentos generados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia o entidades públicas instrumentales del sector público que ya hayan sido presentados por los interesados.
- Aquellos datos, documentos o certificados de una Administración Pública para los que existan sistemas corporativos de interoperabilidad puestos a disposición de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Documentos de otras Administraciones Públicas.

Se sustituye la obligación del interesado de aportar la certificación acreditativa de una cuenta bancaria por una declaración responsable acerca de la veracidad de los datos consignados en la solicitud y relativos a dicha cuenta.

Cuando la tramitación de un procedimiento o servicio requiera la incorporación de este tipo de datos o documentos, los modelos de solicitud normalizados incluirán un epígrafe para que las personas interesadas otorguen su autorización expresa al órgano gestor para realizar las comprobaciones oportunas que acrediten la veracidad de los documentos o datos aportados en el procedimiento administrativo. En el caso de que no se autorice al órgano gestor para realizar esta operación el interesado estará obligada a aportarlos.

En cuanto a la habilitación de procedimientos administrativos y servicios, se entiende por ella el procedimiento que consiste en la emisión de un informe tecnológico y

funcional favorable emitido por los órganos con competencias horizontales en materia de administración electrónica y simplificación de procedimientos administrativos (AMTEGA y Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa), sobre las disposiciones de carácter general que regulen procedimientos administrativos a instancia de parte, así como el establecimiento de servicios a los ciudadanos y empleados públicos.

El procedimiento de habilitación se inicia mediante solicitud de los órganos superiores y de dirección de la Administración general de la Comunidad Autónoma o de las entidades dependientes responsables de procedimiento o servicio. Si la solicitud no reuniese los requisitos exigidos o no se aportasen los documentos preceptivos, los órganos con competencias horizontales en las materias indicadas requerirán a los solicitantes para que enmienden la falta o adjunten los documentos preceptivos.

Completada, en su caso la solicitud y la documentación requerida, los citados órganos realizarán un análisis de los aspectos tecnológicos y procedimentales y emitirán un informe tecnológico y funcional en el plazo de 10 días hábiles desde la recepción de la solicitud de habilitación. Si no se emite el informe en dicho plazo, se entiende que este es favorable. Emitido el informe este se trasladará a los solicitantes

La norma prevé un procedimiento para la baja de procedimientos administrativos y servicios, cuya solicitud parte de los mismos solicitantes que en el supuesto anterior, los cuales cubrirán un formulario de baja y al que deberán adjuntar la identificación del procedimiento o servicio y una memoria explicativa de la baja. Aunque la norma no prevé procedimiento aplicable a este supuesto lo lógico es pensar que se aplica el procedimiento habilitación.

Íntimamente relacionado con el “procedimiento administrativo electrónico” está el “expediente electrónico” regulado en el art. 33 del DAEXG. Dicho expediente debe incluir un índice que contengan la relación de todos los documentos que lo componen (cfr. art. 33, 1 DAEXG), así como las referencias de búsqueda a fin de acceder a su contenido (cfr. art. 33, 2 DAEXG). Además cada expediente ha de estar identificado con un “código de clasificación normalizado” (cfr. art. 33, 4 DAEXG).

La formación de los expedientes electrónicos es responsabilidad del órgano que

disponga la normativa de organización específica (cfr. art. 33, 6 DAEXG) debiendo someterse –los que deban ser objeto de remisión o puesta a disposición- a varias reglas que contiene el art. 33, 7 del DAEXG:

- a) Los expedientes electrónicos dispondrán de un código que permita su identificación unívoca por cualquier órgano de la Administración en un entorno de intercambio interadministrativo.
- b) El foliado de los expedientes electrónicos se llevará a cabo mediante un índice electrónico, firmado electrónicamente.
- c) A fin de garantizar la interoperabilidad de los expedientes, tanto su estructura y formato como las especificaciones de los servicios de remisión y puesta a disposición se sujetarán a lo que establezca al respecto el protocolo de archivo y documento electrónicos.
- d) Los expedientes electrónicos estarán integrados por documentos electrónicos, y podrán incluir al mismo tiempo otros expedientes electrónicos si así lo requiere el procedimiento. Excepcionalmente, cuando la naturaleza o la extensión de determinados documentos para incorporar al expediente no permita o dificulte notablemente su inclusión en este conforme a los estándares y procedimientos establecidos, deberán incorporarse al índice del expediente sin perjuicio de su inclusión separada.
- e) Los documentos que se integran en el expediente electrónico se ajustarán, en caso necesario, al formato o formatos de larga duración, accesibles mediante herramientas de uso gratuito al alcance de todas las posibles personas usuarias, en los términos que determine el protocolo de archivo y documento electrónicos.

## **BIBLIOGRAFÍA SUMARIA**

CERRILLO MARTÍNEZ, A.: e-Administración, Universidad Oberta de Catalunya, Barcelona, 2008

GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): La Ley de Administración Electrónica. Comentarios sistemáticos a la Ley de Acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, 3ª edición, Aranzadi, Cizur Menor, 2010

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: Administración Pública Electrónica, Civitas, Cizur Menor, 2009

PALOMAR OLMEDA, A.: La actividad administrativa realizada por medios electrónicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

SUÁREZ LORENZO, F., y MILLAN CALENTI, R. A.: Anotaciones y comentarios al Decreto de administración electrónica: Decreto 198/2010, do 2 de diciembre, por el que se regula el desenvolvimiento de la administración electrónica en la Xunta de Galicia y en las entidades de ella dependientes, Colegio Profesional de Ingeniería en Informática de Galicia, 2011.

VALERO TORRIJOS, J.: Régimen jurídico de la e-Administración, 2ª edición, Comares, Granada, 2007.



## **TEMA 8**

# **LA ATENCIÓN AL CIUDADANO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.**

## **TEMA 8. LA ATENCIÓN AL CIUDADANO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.**

### **1. Introducción.**

Mejorar la calidad de los servicios que la Administración ofrece demanda un mayor acercamiento a los ciudadanos, estableciendo canales y medios que faciliten esta relación. El desarrollo de la idea de "proximidad al ciudadano", implica poner en marcha una serie de actuaciones concretas para hacer posible un nuevo modelo de Administración que informe más y que sea más receptiva a las demandas de los destinatarios de los servicios.

En este sentido, según la Recomendación Rec (2001) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la participación de los ciudadanos en la Administración, es necesario que los poderes públicos realicen actuaciones tendentes a:

*"Realizar una verdadera política de comunicación que permita a los ciudadanos conocer y entender mejor las cuestiones que les afectan, facilitar el acceso a las informaciones administrativas empleando un lenguaje comprensible y disponer los medios (oficinas de información administrativa, teléfonos, páginas web, etc.), destinados a facilitar el contacto entre la Administración y los ciudadanos."*

Acentuando la información, la transparencia y la participación social se logran políticas más eficientes a medio y largo plazo. Como dice Michel Crozier, han de olvidársenos las soluciones y pensar más en los problemas, sabiendo escuchar a los ciudadanos.

Es por ello que un buen sistema de información y atención al ciudadano ha de estar organizado de forma que resulte tan apto para transmitir información, como para recibirla de los ciudadanos, cualquiera que sea el canal que decidan utilizar: presencial, telefónico o telemático.

La gestión integrada de los servicios de información y atención al ciudadano, es decir, del primer nivel de interacción entre la Administración y el ciudadano, requiere la constitución de un conjunto de unidades distribuidas por el territorio y especializadas en la función de informar y atender a los ciudadanos sobre las actividades de la Administración y, en definitiva, facilitarles el acceso a los servicios que presta la Administración.

Tan importante como saber ofrecer la máxima información posible a los ciudadanos es poder captar, escuchar, entender y contestar sus demandas.

Un sistema de quejas y sugerencias tiene que entenderse como una herramienta de información para la mejora de la calidad de los servicios prestados y de participación ciudadana, al tiempo que resulta un derecho para los ciudadanos/as, que alcanza no sólo a su formulación, sino también a la recepción de una respuesta clara a las cuestiones formuladas.

Un adecuado sistema de gestión de quejas y sugerencias proporciona:

1. Un instrumento para el ejercicio del derecho a la participación de los ciudadanos.
2. Información para evaluar los resultados de una determinada política.
3. Identificará los fallos en los procedimientos administrativos y, en consecuencia, permite mejorar la prestación de los servicios.
4. Una vía de contacto con los problemas más inmediatos de los ciudadanos.
5. Una mejora de las relaciones con los ciudadanos.
6. Permite conocer la opinión de los usuarios de los servicios, en aquellos casos que no disponen de otra tan inmediata y directa.
7. Puede evitar que determinados asuntos pasen a los tribunales de justicia si reciben una respuesta apropiada.

En este contexto han de situarse las disposiciones de la Xunta de Galicia que regulan la atención al ciudadano y el sistema de quejas y sugerencias, que constituyen el objeto del presente tema.

## **2. Marco normativo.**

La Constitución de 1978 ilumina un nuevo concepto de Administración, sometida a la Ley y al derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular. La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses de los ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno correspondiente, en cuanto que es responsable de dirigirla.

El régimen jurídico de las Administraciones Públicas debe establecerse desde este

concepto y trascender a las reglas de funcionamiento interno, para integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos.

La Constitución reconoce a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones una serie de derechos que la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas, modificada por la Ley 4/1999, del 13 de enero, establece con carácter general.

El fundamento de esta regulación se encuentra en los siguientes artículos:

El artículo 103 de la Constitución, al señalar que la " Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales".

El artículo 149.1.18.a de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia para regular " *las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas*", por un lado, y directamente, por otro, el "*procedimiento administrativo común*".

La regulación del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común constituye una pieza clave en las relaciones de la Administración con los ciudadanos y en la satisfacción de los intereses generales a los que la Administración debe servir, como señalamos, por mandato constitucional.

Se pretende garantizar de este modo una igualdad en las condiciones jurídicas básicas de todos los ciudadanos en sus relaciones con las diferentes Administraciones Públicas.

En este sentido, el título IV, de la precitada Ley 30/1992, bajo el epígrafe «De la actividad de las Administraciones Públicas», contiene en su artículo 35 una trascendente formulación de los derechos de los ciudadanos en los procedimientos administrativos, además de los que reconocen la Constitución y las Leyes.

"Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

- a) A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos

contenidos en ellos.

- b) A identificar las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.
- c) A obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de estos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento.
- d) A utilizar las lenguas oficiales en el territorio de su Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley y en el resto del Ordenamiento Jurídico.
- e) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.
- f) A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.
- g) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.
- h) Al acceso a la información pública, archivos y registros (apartado redactado de conformidad con el apartado 1 de la Disposición Final 1ª de la Ley 19/2013 de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno)
- i) A ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.
- j) A exigir las responsabilidades de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente.
- k) Cualquiera otros que reconozcan la Constitución y las Leyes.”

De esta enumeración cabe destacar, como innovaciones significativas: La posibilidad de identificar a las autoridades y funcionarios bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos -rompiendo la tradicional opacidad de la Administración-, el derecho de formular alegaciones y de aportar documentos en cualquier fase del procedimiento

anterior al trámite de audiencia, el de no presentar los ya aportados a la Administración actuante, el derecho de acceso a la información de los archivos y registros administrativos, conforme a lo establecido en el artículo 105. b), de la Constitución, y, singularmente, el de obtener información y orientación sobre los condicionamientos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos que se propongan abordar.

Por último, no podemos dejar de hacer mención al Real Decreto 208/1996, de 9 de febrero, por el que se regulan los Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano y el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para el avance de la calidad en la Administración General del Estado, en lo que afecta a la tramitación de quejas y sugerencias, aunque su aplicación directa, por lo que a ambas normas se refiere, se ciñe al ámbito de la Administración General del Estado.

En este marco legal que acabamos de comentar se sitúan las normas autonómicas que regulan la atención al ciudadano y el sistema de quejas y sugerencias de la Comunidad Autónoma de Galicia:

- *Decreto 164/2005, del 16 de junio (D.O.G. nº 121 de 24 de junio), por el que se regulan y determinan las oficinas de registro propias o concertadas de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, se crea el Registro Telemático de la Xunta de Galicia y se regula la atención al ciudadano modificado por el Decreto 38/2009, del 19 de febrero (D.O.G. nº 43 de 3 de marzo).*

### **3. EL SERVICIO DE ATENCIÓN AL CIUDADANO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

#### **3.1.- Contenido y finalidad del servicio de atención al ciudadano de la Comunidad Autónoma.**

En el Capítulo III del Decreto 164/2005, del 16 de junio, según la redacción dada por la modificación establecida en el Decreto 38/2009, del 19 de febrero, se regula la atención al ciudadano, concibiéndola, en una manera amplia, como el conjunto de actividades y medios que la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia pone a disposición de los ciudadanos para el ejercicio de sus derechos, el cumplimiento de sus deberes y el acceso a los servicios públicos, estableciéndose la regulación de las actividades y medios que la integran.

Asimismo, se regula también, la organización, el funcionamiento y la coordinación de las unidades administrativas que integran el Sistema de Información Administrativa y Atención al Ciudadano y que tienen como función y actividad fundamental la información de las actividades y servicios que desarrolla y presta la Administración y la atención a los ciudadanos, estableciéndose el marco jurídico de su actuación, el contenido de su competencia, la atribución de funciones y el alcance de su responsabilidad en el ejercicio de aquellas.

Se procede también en este Capítulo a la regulación del derecho de los ciudadanos a la presentación de sugerencias y quejas como instrumento adecuado para recoger las demandas de los ciudadanos respecto de la creación, ampliación o mejora de los servicios públicos.

### **3.2.- El Sistema de Atención al Ciudadano de la Xunta de Galicia.**

Según indica el apartado 2 del artículo 17 del citado Decreto, el Sistema de Atención al Ciudadano de la Xunta de Galicia, dependiente funcionalmente de la consellería competente en materia de administraciones públicas, está integrado por:

Las oficinas de registro e información al Ciudadano dependientes de las distintas Consellerías y de las Delegaciones Territoriales.

Las oficinas comarcales de la Xunta de Galicia.

El teléfono de Información Administrativa y Atención al Ciudadano 012.

La red de Ventanilla Única.

Las webs de la Xunta de Galicia en la dirección: <http://www.xunta.es/>

El correo electrónico: [012@xunta.es](mailto:012@xunta.es)

### **3.3 Información y tipos.**

Los artículos 18, 19, 20 y 21 concretan la tipología de la información que se presta a los ciudadanos.

- **Información general:**

La información general tiene por objeto ofrecerles a los ciudadanos una visión global, homogénea y sistematizada de la Xunta de Galicia, que comprende:

1. Información relativa a la estructura organizativa y funcional, incluyendo directorio de unidades administrativas y centros y horarios de los mismos.
2. Información de cada procedimiento administrativo referida su finalidad, legislación aplicable, requisitos y documentación necesaria para su tramitación, así como el órgano responsable de su gestión.
3. En general, cuantos datos sirvan de base a quien tenga que relacionarse con la Administración Autonómica, que no tengan el carácter de información particular.

- **Información particular:**

La información particular consistirá en facilitarles a los interesados o a sus representantes legales, el estado de la tramitación en que se encuentra su expediente administrativo.

La petición de información de carácter particular vendrá avalada por la identificación del solicitante, garantizándose la confidencialidad y la integridad de los datos de carácter personal, de acuerdo con la normativa estatal y autonómica sobre protección de datos de carácter personal.

### **3.4.-Actualización y acceso a la información.**

En los artículos 22 y 23 se concreta la actualización y el acceso a la información de la siguiente forma:

- a) La Inspección Xeral de Servizos, en coordinación con las distintas secretarías generales de las consellerías de la Xunta de Galicia, que para tal efecto designarán un interlocutor, será la responsable de la gestión y actualización del contenido de la información general. (Atendiendo a la actual estructura orgánica y funcional de la Xunta de Galicia, esta competencia atribuida a la extinta Inspección Xeral de Servizos, la tiene asumida la actual Dirección Xeral de Avaliación e Reforma Administrativa dependiente de la Vicepresidencia y Consellería de Presidencia, Administracións Públicas e Xustiza, en virtud de la dirección y coordinación que del sistema de información administrativa y atención al/la ciudadano/a le atribuye el artículo 39, del Decreto 72/2013, de 25 de abril por lo que se establece la estructura orgánica de la Vicepresidencia y de la Consellería referida.)



- b) Los ciudadanos podrán acceder al Sistema de Información Administrativa e Atención ao Cidadán de la Comunidad Autónoma de Galicia, en las oficinas de Información Administrativa e Atención ao Cidadán, presencialmente, por escrito, por teléfono o por correo electrónico a través de la internet.
- c) Las informaciones que se suministren serán claras y comprensibles, concretas, íntegras e idóneas a la información solicitada.
- d) Si la petición de información por parte del ciudadano no pudiera ser resuelta de manera inmediata con los medios de que dispone el empleado de atención al público, será contestada en el plazo de dos días hábiles siempre que el ciudadano le facilite los datos precisos para efectuar el contacto.

### **3.5.- Carácter de las informaciones emitidas.**

En el artículo 24 se establece que las actuaciones que realicen los empleados públicos del Sistema de Información Administrativa e Atención ao Cidadán tendrán un carácter informativo para quien lo solicite, y, por lo tanto, en ningún caso entrañarán una interpretación normativa a la que se refiere el artículo 37.10º de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La información facilitada no se podrá invocar para los efectos de interrupción o suspensión de plazos, caducidad o prescripción, ni servirá de instrumento formal de notificación en el expediente.

## **4 LA TRANSPARENCIA.**

### **4.1 Ideas generales.**

El principio de transparencia ha adquirido una gran transcendencia en la actuación del Estado moderno. La aplicación de este singular principio ejerce una extraordinaria influencia en todo el ámbito del Derecho administrativo, desde la contratación administrativa, al procedimiento administrativo común e incluso al disciplinario y, en suma, en toda actuación de la Administración. Constituye pues un elemento consustancial y esencial en los sistemas democráticos actuales.

Este principio de transparencia se ha convertido en el ámbito del Estado Social y

Democrático de Derecho en un elemento esencial y necesario en los procedimientos de decisión administrativa y en los de elaboración de normas, si lo que se pretende es crear una estructura que incluya al ciudadano en la toma de decisiones políticas y administrativas, el ciudadano precisa de una información clara, precisa y veraz para que su participación en la toma de decisiones sea real y efectiva. la transparencia en el funcionamiento de las instituciones públicas facilita la formación de una opinión pública informada que podrá participar en la toma de decisiones en las cuestiones que les conciernen.

Varios son los fenómenos que se pueden determinar como determinantes para esa reivindicación contemporánea de transparencia administrativa. En primer lugar el cada vez mayor intervencionismo tanto económico como social de las Administraciones Públicas demanda una nueva construcción de las relaciones entre la Administración y el ciudadano. En segundo lugar la evolución de los derechos y las libertades superando la idea de que el Estado solo acumula poder de carácter político para convertirse en un administrador de prestaciones. Ello ha motivado un incremento de las reivindicaciones de la sociedad lo que supone una obligación cada vez más intensa de dar cuenta de las actividades realizadas o desarrolladas. En tercer lugar el creciente desarrollo experimentado por las tecnologías tanto de la información como de la comunicación que ha supuesto un notorio cambio en los planteamientos tradicionales de reserva y ocultismo administrativo, pues a partir de ahora los novedosos medios que dentro de este campo se ofrecen permiten a ésta no solo de disponer de infraestructuras modernas para una mejor y más eficaz gestión de las cosa pública, sino también ofrecer a los ciudadanos una puntual y detallada información de la validez de sus objetivos y de las pertinencia de sus decisiones.

Debemos destacar que como habíamos esbozado , entre los principios generales que rigen el funcionamiento de las Administraciones públicas en sus relaciones con los ciudadanos se encuentra el ya citado principio de transparencia y así se recoge en el artículo 3-5 de la LRJ-PAC:" En sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y participación."La inclusión de tal principio en esa norma general obliga a todas las Administraciones Públicas a su implementación y a su cumplimiento, tarea que se encuentra en una fase de carácter inicial, pues la inercia de los tiempos pasados juega a favor de la opacidad u oscuridad en

su funcionamiento. El impulso a esa transparencia se producido<sup>9</sup> ya en campos como el el medio ambiente, el urbanismo el denominado derecho administrativo de riesgo, campos en los que ya se ha legislado teniendo en cuenta que en los procedimientos administrativos de carácter decisorio es perentoria la implementación de tal principio de transparencia.

Por otro lado no puede desconocerse que el artículo 23.1 de la Constitución encuentra su apoyo en un cauce de participación de los ciudadanos en las cuestiones que les conciernen y en el proceso de toma de<sup>3</sup> decisiones del poder político. en los tiempos actuales la legitimación democrática en la formación de la voluntad política se extiende a la participación directa de la sociedad civil en los asuntos que le conciernen, bien como individuos o a través de grupos y asociaciones, y para lo cual es un requisito necesario la existencia de una opinión pública bien informada.

La participación directa de los ciudadano en los asuntos de carácter público del citado artículo 23-1 de la Constitución se relaciona de una forma muy estrecha con el principio democrático instaurado en el artículo 1-1 de tal norma fundamental con la obligación de los poderes públicos de facil<sup>8</sup>itar la participación efectiva de los ciudadanos en la vida política, social y cultural (artículo 9.2 de la Constitución)y, asimismo con el artículo 105 de la constitución que se ocupa de la participación del ciudadano en la Admi<sup>8</sup>nistración, concretamente en el procedimiento administrativo y en el acceso a los archivos y registros. estos preceptos de efectos jurídicos diversos plantean desde una nueva y diferente perspectiva la actuación de la Administración la cual debe llevar a cabo una tarea de conformación y dirección política y socio económica por lo que su función no puede ser sólo de una estrecha vinculación con el Parlamento y ejecución estricta de la ley. En este nuevo contexto deben interpretarse esos preceptos constitucionales que potencian la participación de la sociedad civil , la existencia de una opinión pública activa y la transparencia.

En la Ley marco de actuación de la Administración (LRJ-PAC) el legislador trata la transparencia y la participación de los ciudadanos como verdaderos principios, y así lo ha regulado estableciendo una vinculación entre ambos como principios generales de relación de la Administración Pública y los ciudadanos. Sin embargo el ya citado artículo 23

de la Constitución se refiere al derecho de participación del ciudadano en los asuntos públicos , por tanto nos encontramos ante un propio y genuino derecho. la transparencia en el funcionamiento de las Instituciones del Estado, facilita por tanto ese derecho de participación.

## 9.2 Desarrollo legislativo.

Habíamos visto que el principio de transparencia necesita tanto de su implementación como de su regulación a través de normas. Habíamos visto que esa implementación se realizó a través de normas en los ámbitos específicos del medio ambiente y del urbanismo. Pero también resulta necesario instaurar y regular tal principio a través de disposiciones de carácter horizontal y general.

***La implementación del principio de transparencia se produce en la Comunidad Autónoma de Galicia, a través de la ley 4/2006, de 30 de julio de transparencia y buenas practicas administrativas.*** Dicha ley va a reflejar muchas las ideas que hemos esbozado en el apartado anterior en relación con el principio de transparencia. Resulta muy significativo que en el propio Preámbulo de la Ley se recoja lo siguiente: "*La evolución histórica del sistema político-administrativo nos muestra una etapa en que el reconocimiento formal del secreto constituía un principio propio de la actuación de las Administraciones Publicas. Superada esa etapa, aparece la transparencia como criterio orientador de la actividad de las administraciones públicas en orden a garantizar el cumplimiento de la legalidad la eficacia y la eficiencia en la gestión de los recursos públicos. En el momento actual, es necesario reforzar el proceso de racionalización y transparencia en la actividad de la Administración con la finalidad de eliminar su imagen de opacidad e inaccesibilidad que genera desconfianza en la ciudadanía. La transparencia permite hacer efectivo el derecho de los ciudadanos y de la sociedad civil a conocer la actividad de la Administración y favorece el control de la legalidad y oportunidad de las decisiones administrativas, facilitando que la sociedad civil asuma un papel activo en la vida administrativa.....*" Todo lo cual va a favorecer el derecho de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, consagrado, como habíamos visto en el artículo 23-1 de la Constitución.

**Ambito de aplicación:-** La ley será de aplicación a . 1. La Administración General de la

Comunidad Autónoma de Galicia 2. A los organismos autónomos, sociedades públicas, fundaciones del sector público autonómico y entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la Comunidad autónoma de Galicia 3. A entes y empresas participadas mayoritariamente por la Xunta de Galicia en las materias de: personal y contratación. además los concesionarios de servicios públicos de la Comunidad Autónoma someterán su actuación a las disposiciones de la ley.

**Principios Generales:-** Las entidades a las que resulta de aplicación la ley deberán garantizar la transparencia, la eficacia y la eficiencia en la organización y en la gestión pública y proporcionar y difundir información constante, veraz, objetiva y clara sobre la actuación del sector público autonómico.

La ley dedica el Capítulo Segundo específicamente a la transparencia administrativa. Se ocupa de los derechos de las personas en el ámbito de la transparencia, de las denominadas Cartas de servicios, de la publicidad de la programación, de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos, de la transparencia en cuatro ámbitos concretos.

1. La contratación Pública 2. Los Convenios de colaboración 3. Las concesiones de servicio público y 4 La actividad de fomento (ayudas y subvenciones)

***Derechos de las personas:-*** Se establece con *carácter general* que las personas, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, a parte de los derechos reconocidos en la Constitución, normativa de la Unión Europea, Estatuto de Autonomía y en la legislación básica del Estado, tienen los derechos que se establecen en la ley.

El primer derecho que se establece es el de *información* y así los ciudadanos podrán solicitar y obtener información sobre la actividad administrativa de todos los entes comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma.

*Respecto de la información*, esta deberá ser clara y comprensible debiéndose garantizar la suficiente difusión a los ciudadanos tanto de sus derechos como de los recursos que resulten pertinentes.

Para la *efectividad de este derecho* los entes comprendidos en el ámbito de aplicación de la norma facilitarán una información que les garantice el conocimiento del procedimiento que habrá de seguirse respecto de sus solicitudes o actuaciones que pretendan realizar ante los citados entes

En cuanto a los *lugares de obtención de la información* solicitada esta podrá obtenerse en las oficinas de atención al ciudadano, bien de una forma presencial , bien por escrito o a través de medio electrónico, informático o telemático .además cada Consellería o unidad administrativa con actuación externa relevante dispondrá de una página web, en la que podrá obtener la información general recogida en la ley y la necesaria para la tramitación de los procedimientos. Se contiene una norma especial en relación con las personas discapacitadas a las que se garantiza el mas completo acceso a la información.

Se establecen *garantías especiales en cuanto a la información a las que tengan la consideración de interesadas en un determinado procedimiento administrativo*, pues se exige que en la notificación de resoluciones y acuerdos, incluso en actos de trámite, se identifique al funcionario autoridad que los haya dictado debiéndose indicarse su nombre y el cargo. También se hará constar: la dirección postal, el correo electrónico y el teléfono a l cual el interesado podrá dirigir sus solicitudes de información adicional en relación con el acto, acuerdo o resolución notificada que serán contestadas por el medio expresado por el interesado. Dichas contestaciones o suministro de información solo tendrán carácter informativo.

Por último se establecen *cauces de participación de los ciudadanos en la elaboración de disposiciones de carácter general*. Así, se establece que cada Consellería publicará en su página web una relación circunstanciada y motivada de todos los procedimientos de elaboración de disposiciones administrativas de carácter general que estén en curso, debiendo de indicar el objeto de la misma y la fase o estado de tramitación, así como indicar la posibilidad de las personas de remitir sugerencias indicando la forma de hacerlo. Además en cualquier momento anterior al trámite de audiencia de la disposición o al informe final de la secretaría general , las personas de forma individual o a través de asociaciones , podrán remitir sugerencias relativas a aquellos proyectos normativos que les afecten, las cuales serán tenidas en cuenta por el órgano encargado de la redacción de tal texto normativo.

**Cartas de servicios.** Aunque son objeto de estudio en otro tema diremos que estas constituyen documentos de acceso publico, a través de las cuales los órganos de la Administración informan a las personas de los derechos que ostentan en sus relaciones

con la respectiva unidad, las obligaciones y responsabilidades que asumen al garantizar tales derechos e información sobre los servicios que prestan y los niveles de calidad en la prestación de los mismos.

**Publicidad de la programación.** La Administración general de la comunidad Autónoma está obligada a establecer programas anuales y plurianuales, en los que se definirán objetivos concretos a conseguir así como las actividades y medios necesarios para conseguirlos y el tiempo estimado de su consecución. En la página web correspondiente se contendrá información detallada de los programas y de sus objetivos, así como de la forma de participación de los ciudadanos.

**Medios electrónicos, informáticos y telemáticos.** La Administración realizará una labor de impulso del empleo y aplicación de técnicas y medios electrónicos y telemáticos para la realización de su actividad y el ejercicio de sus competencias. La tramitación de los procedimientos administrativos se apoyará en la utilización de dichos medios respetando las garantías y cumpliendo los requisitos previstos para cada caso por el ordenamiento jurídico.

Se obliga a la Comunidad Autónoma a mantener un registro de carácter telemático en el cual las personas podrán presentar sus escritos, solicitudes y comunicaciones que se dirijan a los entes que hemos señalado con anterioridad.

**Contratos Públicos.** Se obliga a que los órganos de contratación de las entidades citadas a dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario, no discriminatorio y transparente.

En los procedimientos de contratación en que sea obligatoria la publicación de anuncios de licitación, el órgano de contratación publicará con carácter complementario un anuncio en su página web en la que indicará: el objeto del contrato, el precio del mismo, la referencia del Diario Oficial de publicación del anuncio, fecha de finalización del plazo para presentar ofertas o solicitudes, el lugar o lugares donde pueden presentarse y los pliegos.

Los órganos de contratación podrán publicar también anuncios en su página web relativos a contratos que no estén sometidos a publicidad obligatoria.

Una vez adjudicado el contrato el órgano de contratación publicará en su página web



información sobre: licitadores, criterios de selección y su valoración, cuadro comparativo de ofertas económicas, puntuación obtenida por cada oferta, detallando la obtenida en cada criterio de valoración, resumen de la motivación de la valoración, expresión de quien resulta adjudicatario, aquellas modificaciones que supongan un incremento igual o mayor al 20% del precio inicial del contrato. Y la cesión o subcontratación. No procederá la divulgación de información que los licitadores hayan calificado como confidencial

**Convenios de Colaboración.** Cada Consellería o entidad está obligada bien en el Diario Oficial de Galicia bien en su página web una relación de los convenios de colaboración suscritos. Cuando dichos convenios impliquen obligaciones de tipo económico para la Hacienda Autonómica se señalará con claridad: el importe de las citadas obligaciones y la persona o entidad destinataria de la prestación.

**Concesiones de servicios públicos.** Se establece como principio general el que los concesionarios deberán regirse en su actuación por el principio de transparencia en su gestión.

*En los Pliegos de adjudicación de la gestión de tales servicios se incluirán una serie de previsiones para garantizar los derechos de los usuarios* Entre esas previsiones se recogen las siguientes: 1. Derecho a presentar quejas sobre el funcionamiento del servicio y el correlativo de recibir contestación a las mismas. 2 A obtener copia sellada de los documentos que presenten en las oficinas del concesionario, en relación con la prestación del servicio. 3 A utilizar de forma indistinta el gallego o el castellano. 4 A acceder a toda la información que obre en poder de la concesionaria y que sea precisa para formular quejas o reclamaciones sobre la prestación del servicio. Se excluyen los documentos que afecten a la intimidad de las personas y las relativas a materias protegidas por el secreto comercial o industrial. 5. A exigir de la Administración el ejercicio de sus facultades de inspección, control y en su caso sanción, para subsanar las irregularidades en la prestación del servicio. 6. a ser tratadas con respecto al principio de igualdad en el uso del servicio.

**Actividad de fomento.-** Se establecen una serie de *principios a los que deberá ajustarse la gestión de subvenciones y ayudas públicas*. Tales principios son: 1. Publicidad, concurrencia, objetividad , transparencia, igualdad y no discriminación. 2 Eficacia en el cumplimiento de objetivos fijados por la Administración otorgante. 3 Eficacia en la



asignación y utilización de los recursos públicos

Se obliga a las entidades citadas cuando realicen actividades de fomento mediante el otorgamiento de fondos públicos a publicar en su página web lo siguiente: 1. Relación de las líneas de ayuda o subvenciones que vayan a publicarse durante el ejercicio presupuestario, con indicación de los importes destinados a los mismos, su objetivo y finalidad y la descripción de los posibles beneficiarios. 2 Texto íntegro de la convocatoria. 3 La concesión de las ayudas o subvenciones.

Estos principios se aplican también a: 1 La concesión de créditos oficiales. 2 La concesión de ayudas en las cuales la Administración asuma la obligación de satisfacer a la entidad prestamista todo o parte de los intereses. 3 La condonación de créditos. 4. Cualquier otro acuerdo o resolución de los cuales resulte un efecto equivalente a la obtención de ayudas directas por el beneficiario. 5 Las aportaciones dinerarias realizadas por la Comunidad Autónoma a las Entidades Locales, siempre que no se destinen de modo global a financiar al ente.

Pueden ser excluidos de publicación los siguientes datos: 1. Datos del beneficiario cuya publicación sea contraria al respeto y garantía de los derechos de honra, intimidad personal o familiar de las personas físicas. 2. Los que estén protegidos por el secreto industrial o comercial 3 Aquellos datos respecto de los cuales exista un interés prevalente de protección.

### **Breve referencia a la ley estatal 19/2013 de transparencia, acceso a la información y buen gobierno.**

La ley estatal tiene un triple alcance: incrementa y refuerza los mecanismos de referencia en la actividad pública a través de obligaciones de publicidad activa de todas las Administraciones y entidades públicas, reconoce y garantiza el derecho a la información regulado como un derecho de carácter amplio tanto objetivo como subjetivo y establece obligaciones de buen gobierno

La ley amplía y refuerza las obligaciones de publicidad activa en diversos ámbitos. Así en materia de información institucional , organizativa y de planificación exige a los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación la publicación de información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les resulta de aplicación y su estructura

organizativa, además de sus instrumentos de planificación y la evaluación del grado de su cumplimiento. En materia de información de relevancia jurídica y que afecte de una forma directa al ámbito de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, la ley contiene un amplio repertorio de documentos que, al ser publicados, proporcionan una mayor seguridad jurídica: Igualmente en el ámbito de la información de relevancia económica, presupuestaria o estadística se establece un amplio catálogo que debe ser accesible y entendible por los ciudadanos, dado su carácter de instrumento óptimo para el control de la gestión y utilización de los recursos públicos. Por último se establece la obligación de publicar toda la información que con mayor frecuencia sea objeto de solicitud de acceso, de modo que las obligaciones de transparencia se cohonesten con los intereses de la ciudadanía.

En el Título I de la Ley se regula e incrementa la transparencia de la actividad de todos los sujetos que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas mediante un conjunto de previsiones adoptadas desde una doble perspectiva: la publicidad activa y el derecho de acceso a la información pública.

Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la norma habrán de difundir determinada información sin esperar una solicitud concreta de los administrados. En este punto se incluyen datos sobre información institucional, organizativa de planificación, de relevancia jurídica y de naturaleza económica presupuestaria y estadística.

En otro de sus capítulos el III, se configura de forma amplia el derecho de acceso a la información pública, del que son titulares todas las personas y que podrá ejercerse sin necesidad de motivar la solicitud. Este derecho solo podrá verse limitado por la propia naturaleza de la información o por su entrada en conflicto con otros intereses. Asimismo y dado que la información puede afectar de forma directa a la protección de datos personales, la ley aclara la relación entre ambos derechos estableciendo mecanismos de equilibrio necesarios.

Con objeto de facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública se establece un procedimiento ágil, con un breve plazo de respuesta y se dispone la creación de unidades de información en la Administración General del Estado, lo que facilita el conocimiento por parte del ciudadano del órgano ante el que deba presentar su solicitud

asi como del competente para su tramitación y resolución.

En materia tan importante como el de impugnaciones se crea una reclamación potestativa y previa a la vía judicial de la que conocerá el órgano denominado Consejo de la Transparencia y Buen Gobierno (Titulo III de la Ley), organismo de naturaleza independiente y de nueva creación por la ley, reclamación que sustituye a los recursos administrativos en relación con esta materia.

**JAIME BOUZADA ROMERO**

DIRECTOR XERAL DE AVALIACIÓN E REFORMA ADMINISTRATIVA

TEMA REVISADO POR **ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO**

LETRADO HABILITADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 9**

**LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. NORMATIVA REGULADORA. PRINCIPIOS INFORMADORES Y DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.**

## **TEMA 9. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. NORMATIVA REGULADORA. PRINCIPIOS INFORMADORES Y DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS.**

### **1. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. NORMATIVA REGULADORA.**

#### ***1. Regulación normativa***

Es a partir de los años ochenta, cuando se genera a nivel europeo una preocupación y sensación de emergencia en relación al tratamiento de los datos de carácter personal y la falta de normativa que regule su recogida y cesión.

Frente al vacío normativo existente, en el año 1981 se adoptan por las autoridades europeas las primeras medidas para regular el tratamiento de los datos de carácter personal. En este sentido, se cubre la laguna normativa mediante la firma por parte de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) del Convenio 108, de 28 de enero, del Consejo de Europa, que España firmará y ratificará en 1982, con su entrada en la UE.

La firma del mencionado Convenio 108 supuso la asunción del compromiso por parte de los países firmantes de desarrollar leyes que tuviesen por objeto la protección de los derechos y libertades de las personas, en relación con el tratamiento de sus datos personales. Poco después la UE dicta la Directiva 95/46/CE, de 24 de octubre, del Consejo de Europa. En su Considerando 8, 56 y 57, la Directiva resalta la necesidad de uniformar las distintas normativas nacionales para garantizar un tratamiento unitario de los datos personales en todo el espacio europeo. De esta forma se reitera la preocupación por la seguridad en el manejo de los datos personales por parte de los Estados miembros. Asimismo, será en esta Directiva en la que se operen importantes avances en la materia, tales como la ampliación del concepto de dato de carácter personal a la imagen y el sonido, aparentemente excluidos en el Convenio 108 al que antes se hizo referencia. Debe destacarse además el hecho de que a través de este instrumento se efectúe la exclusión del ámbito de aplicación de las leyes en materia de protección de datos a los ficheros de

uso doméstico –v. gr. las agendas telefónicas particulares.

*La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE adoptada en el año 2000, en su artículo 8 lo ha reconocido y proclamado de una forma expresa y moderna .El precepto afirma" toda persona tiene derecho a la protección de los derechos de carácter personal que la conciernen" añade posteriormente que "estos datos se tratarán de modo leal , para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la Ley", imponiendo así unos deberes claros a los poderes públicos y a los particulares. Desglosa el derecho, entre otras facultades, en las de " acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación". Y, finalmente, garantiza que" el respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.*

*En parecidos términos , el artículo 16 del tratado de Funcionamiento de la UE (versión consolidada subsiguiente al Tratado de Lisboa ) reconoce que:"toda persona tiene derecho a la protección de los datos de caracter personal que le conciernan."*

Por lo que respecta a España, se elaboró un primer Anteproyecto de Ley de Protección de Datos de Carácter Personal en el año 1984, que finalmente no llegó a prosperar. Habría que esperar al año 1992, en que cobra vigencia la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre la regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), para tener en España una norma que se ocupara de forma específica de la materia. No obstante, la vigencia de la LORTAD fue relativamente breve pues fue derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD). Por mandato de esta última se aprueba el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RPDCP), que desarrolla los aspectos más complejos de la Ley como el procedimiento sancionador.

*También algunos estatutos de Autonomía, recientemente reformados como el de Cataluña, en su redacción de 2006, el de Andalucía en su redacción de 2007, el de Aragón , también de 2007, o el de Castilla-León, igualmente de 2007, lo recogen como un derecho.*

## 2. Configuración:-

*El Tribunal Constitucional ha considerado el derecho a la protección de datos de carácter personal como un derecho fundamental, vinculándolo con el artículo 18.4 de la Constitución que establece: "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de los derechos. Por ello se trata de un derecho protegido con mayores garantías : así, entre las normativas, o por la reserva de ley orgánica, entre las judiciales , además del proceso ordinario por el proceso sumario y preferente y por el recurso de amparo.*

*Por tanto su naturaleza jurídica es la de un derecho fundamental, dotado de identidad propia y diferenciada del resto de los otros derechos.*

*Su carácter de derecho fundamental hace que se beneficie de las garantías que le otorga la Constitución. La primera , la de su efecto directo e inmediato, ya que por mor del artículo 51 de la Constitución vincula a todos los poderes públicos directamente. La segunda es la garantía de la reserva de Ley Orgánica, que consiste en que su regulación general ha de efectuarse necesariamente por este tipo de normas. La tercera garantía es la judicial , que significa que la tutela judicial de este derecho no se limita solo a los procesos ordinarios, que tienen los derechos ordinarios, sino que también puede el ciudadano titular del derecho fundamental acudir , para obtener el amparo de los órganos judiciales, a un proceso especial basado en los principios de sumariedad y preferencia.*

*Es además un derecho autónomo. tiene entidad diferenciada respecto de otros derechos, particularmente el derecho a la intimidad del 18.1 de la Constitución, tanto en su función, objeto y contenido, aunque comparta con este último el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional dce la vida privada personal y familiar (STC 292/2000, de 30 de noviembre): Incluso el objeto de este derecho es más amplio que el objeto de derecho a la intimidad.*

*Finalmente es un derecho al servicio de otros derechos fundamentales, ordenado a la protección de otros derechos fundamentales. El tribunal Constitucional ha declarado que este derecho "contiene un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos" (STC 290/2000)*

### *3. Objeto y ámbito de aplicación de LOPD*

La LOPD tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos de carácter personal, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y en especial su honor e intimidad personal y familiar (cfr. art. 1 LOPD).

El derecho a la protección de datos se deriva directamente de la Constitución Española, mas concretamente del artículo 18 . Es preciso subrayar que el régimen de protección de datos de carácter personal de la LOPD solo atañe a las personas físicas y no es aplicable, por tanto, a los datos de las personas jurídicas. Con todo, aún refiriéndose a personas físicas, por mandato de la propia LOPD, también quedarían excluidas de su ámbito de aplicación (cfr. art. 2.2 LOPD):

- a) Los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas -v. gr. agendas telefónicas de móviles o en soporte papel.
- b) Los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.
- c) Los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada -v. gr. ficheros de EUROPOL-. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante AEPD). Junto a esta exclusión, la LOPD prevé la aplicación subsidiaria de la misma a ciertos ficheros que cuentan con una normativa específica. En tales supuestos esta última es de preferente aplicación, operando la LOPD de modo residual. Así sucede, por ejemplo, con el Registro Civil o los ficheros que recojan imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (cfr. art. 2.3 LOPD).

En cuanto al ámbito de aplicación territorial, la LOPD dispone que se rijan por sus normas todo tratamiento de datos de carácter personal (cfr. art. 2.1 LOPD):

- a) Cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las



actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento.

b) Cuando al responsable del tratamiento no establecido en territorio español, le sea de aplicación la legislación española en aplicación de normas de Derecho Internacional público.

c) Cuando el responsable del tratamiento no este establecido en territorio de la UE y utilice en el tratamiento de datos medios situados en territorio español, salvo que tales medios se utilicen únicamente con fines de tránsito.

#### *4. Conceptos y definiciones básicas.*

Una vez fijado el objeto y el ámbito de aplicación de la LOPD, a los fines de comprender el alcance y sentido de la Ley, se considera oportuno hacer hincapié en algunos conceptos o definiciones básicas, que aparecen enunciadas en el art. 3 del propio texto legal. De entre las referidas definiciones cabría destacar las siguientes:

a) Dato de carácter personal: cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables. En dicha definición tienen cabida, entre otros datos, el nombre, los apellidos, la dirección postal, el número de cuenta bancaria, el DNI y pasaporte, la dirección de correo electrónico, los datos biométricos, la huella dactilar...

b) Fichero: todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. Los ficheros podrán ser automatizados o no automatizados. En este sentido, a modo ilustrativo, tienen la consideración de ficheros automatizados, v. gr., los ficheros de las administraciones públicas como el del padrón o el del catastro o los ficheros de los clientes de centros comerciales. En cuanto a los ficheros automatizados, entrarían en este concepto los ficheros en soporte papel que contienen los datos de los clientes de un abogado, los archivos de historias clínicas de los pacientes,...

c) Tratamiento de datos: operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

- d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.
- e) Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento.
- f) Encargado del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.
- g) Cesión o comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado. Por cesión ha de entenderse cualquier divulgación de los datos tales como la publicación en un tablón de anuncios de un Ayuntamiento de la concesión de una subvención con nombres y apellidos o el trasvase de datos de una empresa a otra.
- h) Fuentes accesibles al público: aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación.

## **2. PRINCIPIOS INFORMADORES Y DERECHOS DE LAS PERSONAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS**

La legislación de protección de datos, al tiempo que establece una serie de reglas o principios que deben cumplir las entidades que realicen tratamientos de datos personales, reconoce a sus titulares, respecto de los datos objeto de dicho tratamiento, determinados derechos. Por lo que respecta a los principios, éstos se concretan, básicamente, en los siguientes: a) calidad de los datos; b) información; c) consentimiento; d) seguridad; y e)

secreto. Por su parte, los derechos que asisten a los titulares de los datos de carácter personal son, en esencia, los siguientes: a ) acceso; b) rectificación; c) cancelación; d) oposición; y e) exclusión.

A continuación se expondrán, en primer término, los principios informadores *aplicables* a la protección de datos para, a continuación, centrarse en el análisis de los derechos de las personas.

## **2.1. Principios aplicables al tratamiento de datos personales**

### *A) El principio de calidad*

El denominado principio de calidad, sancionado por el art. 4 LOPD, recoge en rigor varias reglas o principios relacionados con la finalidad para la que se crean ficheros o se realizan tratamientos de datos personales.

El primero es el principio del fin o interés legítimo. Significa que el tratamiento de los datos ha de responder a una finalidad determinada explícita y legítima, y que cualquier operación que se haga debe ajustarse al fin para el que se hayan obtenido los datos. Este principio exige que, en el caso de que no exista consentimiento del interesado, se respeten los derechos y libertades fundamentales de este y que dichos datos figuren en fuentes accesibles al público, excluyendo de forma categórica y generalizada todo tratamiento que no figure en tales fuentes

En segundo es el principio de proporcionalidad, también llamado de pertinencia. Conforme a este , la recogida y tratamiento de datos han de ser adecuados , pertinentes y no excesivos. O dicho de otro modo no se pueden recoger más datos que los estrictamente necesarios , con la finalidad que se pretende y en la materia de que se trate. Una recogida abusiva de datos, es desde luego contraria a este principio y supone la ilegalidad de su tratamiento.

Asimismo, los datos no pueden ser objeto de una utilización abusiva, entendiendo por tal aquella que resulte incompatible con la finalidad para la que fueron recogidos los datos. En efecto, los datos no pueden ser tratados para fines distintos a los que motivaron su recogida pues esto supondría un nuevo uso que requiere el consentimiento del

interesado.

En cuarto lugar, la calidad de los datos obliga al responsable a garantizar que los datos de carácter personal sean exactos y estén puestos al día, de forma que respondan verazmente a la situación actual del afectado. Además, los datos deben cancelarse cuando dejen de ser necesarios para la finalidad elegida, salvo que una disposición legal obligue a conservar las informaciones.

El principio de calidad exige, asimismo, que los datos sean tratados de forma leal y lícita, lo cual impide -por ejemplo- que en su recogida se utilicen métodos desleales o fraudulentos.

Por otra parte, debe reseñarse que el tratamiento de datos con fines estadísticos, históricos o científicos no se considera incompatible con aquella finalidad para la que hayan sido recogidos expresamente (art. 9 RPDGP).

#### *B) El principio de información*

Los interesados tienen derecho a ser informados del tratamiento de sus datos personales, según sanciona el art. 5 LOPD. En efecto, cuando se va a proceder a la recogida de datos de una persona, es preciso informarle con carácter previo de que los mismos van a ser objeto de tratamiento. Si la información se recaba empleando un formulario, debe mencionarse el tratamiento de los datos en el propio documento. Si, por el contrario, los datos se recogen de manera oral, en presencia del interesado, es suficiente que exista un cartel claramente visible en el que se le informe del tratamiento.

En caso de utilización de comunicaciones telefónicas, será preciso informar del tratamiento antes de solicitar ningún dato al interesado, generalmente mediante la inclusión de un mensaje pregrabado.

La información no sólo debe ser previa, sino que además debe tener el contenido mínimo que exige el art. 5 LOPD, particularmente: a) la existencia y finalidad del tratamiento; b) la identidad del responsable; c) los destinatarios de la información; y d) los derechos que reconoce la Ley.

Sin embargo, la propia LOPD contempla una serie de supuestos en los que se relaja ese deber de informar acerca del tratamiento de los datos. En concreto, así acontece cuando la información afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales (art. 24.1 LOPD).

Pero además, tampoco será preciso informar al interesado cuando el afectado ya hubiera sido informado con anterioridad, cuando la ley lo prevea, cuando el tratamiento tenga fines históricos, estadísticos o científicos o, en fin, cuando la información al interesado resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados a criterio de la AEPD (u organismo autonómico equivalente), atendiendo al número de interesados, a la antigüedad de los datos y a las posibles medidas compensatorias (cfr. art. 5.4 y 5 LOPD).

Ya en concreto, el RPDCP presta especial atención al procedimiento para obtener de la AEPD la exención del deber de informar al interesado acerca del tratamiento de sus datos de carácter personal cuando resulte imposible o exija esfuerzos desproporcionados. El procedimiento deberá iniciarse siempre a petición del responsable que pretenda obtener la aplicación de la exención y en la solicitud el responsable deberá identificar claramente el tratamiento de datos al que pretende aplicarse la exención del deber de informar; motivar expresamente las causas en que fundamenta la imposibilidad o el carácter desproporcionado del esfuerzo que implicaría el cumplimiento del deber de informar; exponer detalladamente las medidas compensatorias que propone realizar en caso de exoneración del cumplimiento del deber de informar; así como aportar una cláusula informativa que, mediante su difusión, en los términos que se indiquen en la solicitud, permita compensar la exención del deber de informar (art. 153 RPDCP).

Si la AEPD considerase insuficientes las medidas compensatorias propuestas, podrá acordar la adopción de medidas complementarias o sustitutivas, dando traslado del acuerdo al solicitante, para que exponga lo que considere oportuno en el plazo de quince días (art. 154 RPDCP).

Concluidos los trámites del procedimiento, el Director de la Agencia deberá dictar y notificar al responsable del fichero, en un plazo máximo de seis meses, a contar desde la fecha de entrada en la AEPD de la solicitud, resolución, concediendo o denegando la

exención del deber de informar. De haber transcurrido el plazo sin haber recaído y/o notificado la resolución expresa, se podrá considerar estimada la solicitud por silencio administrativo positivo (arts. 155 y 156 RPDCP).

### *C) El principio de consentimiento*

Es, desde luego, el principio esencial de la protección de datos personales. Con carácter general el tratamiento de los datos de carácter personal requiere el consentimiento de su titular, en virtud de lo dispuesto en el art. 6 LOPD y en el artículo 8.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Sin embargo, la LOPD contempla, asimismo, determinados casos en los que excepcionalmente es posible el tratamiento de los datos sin recabar el consentimiento del interesado y otros en los que, por el contrario, únicamente cabe dicho tratamiento con un consentimiento reforzado del titular.

#### **C.1) Regla general**

El responsable del tratamiento tiene la obligación de recabar el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos. Por consentimiento se entiende la manifestación de voluntad, libre inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado autoriza o permite el tratamiento de los datos personales que le conciernen

El consentimiento del interesado, no tiene porque ser siempre expresa sino libre e inequívoca pudiendo ser, por tanto, meramente tácito por lo que, a tenor de lo dispuesto en el art. 14 RPDCP, el responsable del tratamiento podrá limitarse a informar al interesado del tratamiento, concediéndole un plazo de treinta días para manifestar su negativa al mismo, advirtiéndole de que de no pronunciarse a tal efecto se entenderá que consiente el mismo.

Al mismo tiempo, el precepto citado impone al responsable la obligación de facilitar un medio sencillo y gratuito para manifestar su negativa al tratamiento de sus datos, para evitar que el consentimiento tácito pueda tener lugar como consecuencia de los impedimentos impuestos al interesado para manifestar su oposición al tratamiento.

El interesado debe también manifestar su consentimiento para la cesión de sus datos a personas distintas del responsable del fichero, según dispone el art. 11 LOPD. La

solicitud de consentimiento debe ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos concretos, con delimitación de la finalidad para la que serán objeto de cesión (cfr. art. 12.2 RPDGP).

#### C.2) Excepciones al principio de la obtención del consentimiento

Como se ha tenido ocasión de señalar, la LOPD regula a lo largo de su articulado diversos supuestos en los que el tratamiento de datos no exige recabar el consentimiento del interesado. Tales supuestos podrían concretarse en los siguientes:

- a) Cuando una ley o norma de derecho comunitario autoriza el tratamiento de los datos (cfr. arts. 6.1 y 11.2 LOPD y art. 10.2.a RPDGP).

La norma que exime de la obligación de obtener el consentimiento para proceder al tratamiento de los datos de carácter personal, incluidas las cesiones, ha de tener rango de ley.

- b) Cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público, entendiéndose por tales aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona no impedida por una norma limitativa o sin mas exigencias que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración legal de fuentes de acceso público: a) los diarios y boletines oficiales, b) los medios de comunicación social, c) los censos pro,mocionales; d) las guías de servicios de comunicaciones electrónicas; e) los repertorios telefónicos en los términos previstos en la normativa específica; f) las listas de personas pertenecientes a grupos profesionales que contengan datos sobre nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de pertenencia al grupo (cfr. arts. 6.2 y 11.2.b LOPD y art. 10.2.b RPDGP) y su tratamiento es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el tercero al que se le comuniquen los datos

El art. 10 RPDGP precisa que el tratamiento sin consentimiento del titular debe ser legítimo, si bien dicha matización no es, en rigor, necesaria toda vez que la misma ya se deriva del principio de calidad.

La exención no exime de la obligación de informar al interesado, si bien con la

particularidad de que podrá informársele con posterioridad al tratamiento, dentro del plazo de tres meses que señala el art. 5.4 LOPD. Además, el art. 5.5 LOPD dispone que si los datos obtenidos de una fuente accesible al público se destinan a una finalidad de prospección comercial, bastará con informar al interesado en la primera comunicación de esta naturaleza que se le remita, indicando el origen de los datos, la identidad del responsable del tratamiento y los derechos que le asisten.

c) Cuando los datos se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento (cfr. arts. 6.2 y 11.2.c LOPD y art. 10.3.b y 10.4.a RPDCP). Es el caso de los ficheros de personal de las empresas

Si el responsable del tratamiento pretende obtener el consentimiento del interesado para fines no relacionados directamente con la relación contractual (v. gr., para el envío de futuras comunicaciones comerciales o la cesión de los mismos a entidades no relacionadas con la relación contractual), el responsable del tratamiento debe permitir al afectado que manifieste expresamente su negativa al tratamiento o comunicación de datos.

En línea con lo anterior, se permite la cesión de los datos del interesado sin su consentimiento cuando el interesado haya aceptado una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control comporte la comunicación de sus datos.

d) Cuando el tratamiento de los datos tengan por finalidad proteger el interés vital del interesado (cfr. art. 6.2 LOPD y art. 10.3.c RPDCP). Esta excepción juega, sobre todo, en el campo de la sanidad y de determinados servicios: LOPD exime del consentimiento del interesado cuando el tratamiento de datos resulta necesario para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que el tratamiento se realice por un profesional sanitario o por otra persona sujeta a una obligación equivalente de secreto. Hace falta, por tanto, un fin sanitario y un profesional sanitario o equivalente en los términos previstos en la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

e) Cuando los datos sean cedidos para un tratamiento posterior con fines históricos,



estadísticos o científicos (cfr. arts. 5.5, 11.2.e y 21.1 LOPD y art. 10.4.c RPDCP).

Al respecto, debe señalarse que, conforme al art. 12 LOPD, no constituye una cesión de datos el acceso por un tercero a los mismos con la finalidad de prestar un servicio al responsable del tratamiento. La prestación de servicios debe estar prevista en un contrato, en el que se especifiquen las obligaciones del prestador del servicio en materia de protección de datos. La ulterior subcontratación de dicho servicio por parte de quien tiene acceso al fichero exige, en principio, autorización del responsable (cfr. art. 21 RPDCP). Una vez terminada la prestación del servicio, el prestador debe destruir los datos personales o devolvérselos al responsable del fichero, salvo que la ley le imponga la obligación de conservar los datos (cfr. art. 22 RPDCP).

f) Cuando los datos se recojan en el “ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias” (art. 6.2 LOPD y art. 10.3.a RPDCP) o, tratándose de cesiones de datos entre Administraciones Públicas, cuando la comunicación se realice “para el ejercicio de competencias idénticas o que versen sobre las mismas materias” (art. 21 LOPD y art. 10.4.c RPDCP).

g) Cuando los datos de carácter personal hayan sido obtenidos o elaborados por una Administración pública con destino a otra (art. 21.2 LOPD y art. 10.4 RPDCP).

h) Y, finalmente, cuando la comunicación de datos tenga por destinatario al Defensor del Pueblo (u órgano autonómico equivalente), el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales o el Tribunal de Cuentas (u órgano autonómico equivalente), en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas (art. 11.2.d LOPD y art. 10.4.b RPDCP).

### C.3) Supuestos de consentimiento reforzado: los datos especialmente protegidos

El art. 7 LOPD establece un sistema de protección reforzado respecto de determinados datos que se estiman merecedores de especial protección, dada su incidencia sobre la intimidad de las personas. Los datos especialmente protegidos son los relativos a la ideología, creencias, religión, afiliación sindical, salud, origen racial o vida sexual de las personas.

La especial protección de estos datos se consigue exigiendo que el consentimiento sea expreso, en el caso de los datos sobre la salud, origen racial o vida sexual, o expreso y por escrito, si se trata de datos sobre la ideología, creencias, religión o afiliación sindical. Respecto de esta distinción, cabe preguntarse por las razones que han llevado al legislador a considerar más dignos de protección algunos tipos de datos, como por ejemplo la ideología, respecto de otros, como los relativos a la salud. En todo caso, debe reseñarse que el reforzamiento del consentimiento -en la práctica- es irrelevante toda vez que la carga de probar que se ha recabado el consentimiento expreso recae sobre el responsable del tratamiento, de ahí que éste tenga un indudable interés en que el consentimiento expreso se otorgue por escrito.

Por otra parte, el incumplimiento de un principio aplicable al tratamiento de datos personales, cuando afecta a datos especialmente sensibles, supone un agravamiento de la sanción que correspondería respecto de datos ordinarios.

Recientemente ha entrado en vigor la Ley 19/2013, de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información y buen gobierno que dedica el artículo 15 a la protección de este tipo de datos. Distingue dos supuestos: a) datos especialmente protegidos a que se refiere el nº2 del artículo 7, en cuyo caso el acceso solo se podrá autorizar cuando se contase con consentimiento expreso o por escrito del afectado, salvo que dicho dato hubiese sido hecho manifiesto con anterioridad a la solicitud de acceso. b) datos especialmente protegidos a que se refiere el nº3 del artículo 7 o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevasen amonestación pública del infractor, el acceso solo se podrá autorizar cuando se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquel estuviera amparado por una norma de rango legal.

#### *D) El principio de seguridad*

El art. 9 LOPD impone al responsable del tratamiento la obligación de adoptar las medidas de índole técnica y organizativa que garanticen la seguridad de los datos, con la finalidad de evitar el «acceso no autorizado» por parte de terceros. Las medidas de seguridad a adoptar por el responsable del fichero son objeto de desarrollo en el RPDCP y se clasifican en tres niveles: básico, medio y alto (cfr. art. 80 RPDCP).

#### *E) El deber de secreto*

El art. 10 LOPD dispone que «el responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos».

El deber de confidencialidad obliga no sólo al responsable del fichero sino a toda persona que intervenga en cualquier fase del tratamiento. Dicho deber supone que el responsable o quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos almacenados no pueda revelar ni dar a conocer su contenido teniendo la obligación de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el responsable del fichero.

#### *F) El principio de veracidad del dato*

Este principio se traduce en que los datos de carácter personal que figuren en el fichero han de ser exactos, completos y actuales (art.4.3 LOPD). Se presumen exactos los datos facilitados directamente por el afectado. El responsable o encargado están obligados a ponerlos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado.

#### *G) El principio de licitud del dato.*

El tratamiento ha de ser realizado de forma leal y lícita: Eso es tanto como decir que está prohibida la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos, y si así se hace el fichero será ilegalidad

#### *H) Principio de acceso al dato.*

Los datos de carácter personal deben estar almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, en tanto no proceda legalmente su cancelación.

#### *I) Principio de vida útil del dato.*

Los datos de carácter personal deben ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. Por tanto no deben ser conservados en forma que permita la identificación del

interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

## **2.2. Los derechos de los interesados**

### *A) Caracterización general*

Como se ha tenido ocasión de señalar, la LOPD otorga a los titulares de datos personales que han sido objeto de tratamiento un amplio catálogo de derechos sobre los mismos, con la finalidad principal de que puedan velar por el cumplimiento de los principios descritos en el apartado anterior.

De entrada, los derechos reconocidos por la LOPD sólo pueden ser ejercidos por el afectado o interesado, quien tiene la obligación de acreditar fehacientemente su identidad frente al responsable del fichero respecto del cual ejercita sus derechos. Si el interesado fuese menor de edad o se encontrase en una situación de incapacidad, podría ejercitar sus derechos por medio de su representante legal.

Sin embargo, el art. 23.2 RPDCP admite expresamente el ejercicio de los derechos contemplados en la LOPD a través de un representante voluntario, designado expresamente al efecto, en cuyo caso deberá constar claramente acreditada la identidad del representado y la representación con la que actúa.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el art. 2.4 LOPD permite que las personas allegadas puedan ejercitar el derecho de cancelación de los datos de una persona ya fallecida, a pesar de que el fallecimiento determinaría la exclusión del ámbito subjetivo de aplicación de la legislación de protección de datos.

En cuanto al modo en que deben ejercitarse los derechos, el responsable del tratamiento debe posibilitar dicho ejercicio facilitando a los titulares un medio sencillo y gratuito. Por regla general, para ejercitar sus derechos, el interesado debe dirigir un escrito al responsable del fichero, por cualquier medio que acredite su recepción, con sus datos personales e indicación del derecho que se ejercita y, en su caso, los motivos por lo que se interesa y la documentación acreditativa de su demanda. Asimismo, también se admite el ejercicio de los derechos a través de los servicios de atención al público del

responsable del fichero.

El responsable del tratamiento tiene la obligación de atender la solicitud de ejercicio de los derechos, aunque se presente utilizado un procedimiento distinto del establecido específicamente al efecto por aquél, debiendo contestar expresamente a las solicitudes, sin que pueda admitirse en ningún caso la desestimación tácita de las reclamaciones.

Si el interesado intenta ejercitar alguno de sus derechos y no recibe -a su juicio- la contestación adecuada, puede solicitar la tutela de la AEPD, que instruirá el correspondiente procedimiento de tutela de derechos.

Por último, en relación con los derechos de los interesados hay que tener en cuenta que en el marco de los ficheros de titularidad pública se contemplan ciertas singularidades que afectan, sobre todo, a los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a los ficheros de la Hacienda Pública (cfr. arts. 22 y 23 LOPD).

#### *B) Derecho de acceso (cfr. art. 15 LOPD y arts. 27 a 30 RPDCP)*

El derecho de acceso permite a una persona a solicitar y obtener gratuitamente información de si sus propios datos están siendo objeto de tratamiento, la finalidad del tratamiento que, en su caso, se esté realizando, así como la información sobre el origen de dichos datos y las comunicaciones realizadas o previstas de los mismos.

La información puede obtenerse mediante la mera consulta de los datos mediante su visualización , o la indicación de los datos objeto de tratamiento mediante escrito, copia, telecopia o fotocopia, certificada o no de forma legible, sin utilizar claves o códigos que requieran el uso de dispositivos mecánicos específicos

El derecho de acceso sólo puede ejercitarse a intervalos no inferiores a doce meses, salvo interés legítimo y el responsable del tratamiento únicamente puede denegar el acceso a los datos cuando así lo disponga una ley. También cabe la denegación del acceso cuando se observa que el solicitante actúa en contra del principio de buena fe. Así lo ha reconocido el TS en una amplia jurisprudencia

#### *C) Derecho de rectificación (cfr. art. 16 LOPD y arts. 31 a 33 RPDCP)*

Cualquier persona tiene derecho a dirigirse al responsable de un fichero para que modifique los datos inexactos o incompletos. Este derecho es consecuencia del principio de calidad, en cuya virtud sólo pueden ser objeto de tratamiento los datos que reflejen con exactitud la realidad.

En la solicitud de rectificación, el interesado debe indicar el dato que se estima erróneo o incompleto y la corrección que debe realizarse, adjuntando al efecto la documentación justificativa.

En caso de acceder a la solicitud, el responsable del fichero debe proceder a la rectificación instada por el interesado. Para el caso de que los datos hubieran sido cedidos a un tercero, el responsable deberá notificar al destinatario la rectificación practicada.

#### *D) Derecho de cancelación (cfr. art. 16 LOPD y arts. 31 a 33 RPDCP)*

Cualquier persona tiene derecho a dirigirse al responsable de un fichero para que elimine los datos inadecuados o excesivos. Este derecho se deriva igualmente del principio de calidad, en cuya virtud sólo pueden ser objeto de tratamiento los datos adecuados o pertinentes a la finalidad con la que fueron recabados.

Si el responsable del fichero accede a la solicitud de cancelación, deberá abstenerse de seguir utilizando los datos del interesado. La cancelación supone, en primer término, el bloqueo de los datos, procedimiento que consiste en la conservación de los mismos para hacer frente a posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, de forma que los datos bloqueados no puedan ser consultados por ninguna persona, excepto por las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, con competencia en la materia. Una vez hayan prescrito dichas responsabilidades, el responsable del fichero eliminará los datos objeto de cancelación.

#### *E) Derecho de oposición (cfr. art. 30.4 LOPD y arts. 34 a 36 RPDCP)*

Cualquier persona puede oponerse a que sus datos personales sean objeto de tratamiento, pues -como es sabido- el tratamiento de datos requiere, por regla general, el consentimiento del interesado.

El derecho de oposición puede ejercitarse de dos modos. Por un lado, en los supuestos en los que es preciso el consentimiento del interesado, el derecho de oposición se ejercita con carácter previo al tratamiento, manifestando su oposición al mismo.

Pero, por otro lado, también cabe la posibilidad de que el derecho de oposición tenga que ejercitarse a posteriori, como sucede en los supuestos en los que la LOPD permite el tratamiento de datos personales, sin necesidad de recabar el consentimiento del interesado (por ejemplo, porque el interesado facilitó sus datos en el marco de una relación jurídica con el responsable del fichero).

En estos casos de ejercicio a posteriori, el interesado sólo podrá oponerse al tratamiento de sus datos si concurre un motivo legítimo y fundado, referido a una concreta circunstancia personal que lo justifique.

El responsable del fichero podrá denegar el ejercicio del derecho de oposición, independientemente de los motivos particulares alegados por el interesado, cuando una ley autorice el tratamiento de los datos.

Por último, los interesados también pueden oponerse al tratamiento de sus datos para evitar que se adopte una decisión respecto de su persona que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, tales como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad o conducta (art. 36 RPDGP).

El derecho ha de ejercitarse mediante solicitud dirigida al responsable del fichero.

#### *F) Derecho de exclusión (cfr. art. 28 LOPD y art. 51 RPDGP)*

El interesado puede a posteriori oponerse a determinados tratamientos de sus datos, sin necesidad de alegar un motivo legítimo, facultad que recibe la denominación de «derecho de exclusión».

El derecho de exclusión se circunscribe a los tratamientos de datos con fines publicitarios y a la inclusión de datos personales en guías de teléfonos, respecto de los cuales, como decimos, cabe solicitar la eliminación de los datos sin justa causa.

#### G) Derecho de Indemnización (art 19)

Es el derecho de los que , como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la LOPD por el responsable o encargado del tratamiento, sufren un daño o una lesión en sus bienes o derechos, a ser indemnizados. Cuando se trata de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad ha de exigirse de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas, que hoy se encuentra en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En los casos de ficheros de titularidad privada, la acción se ha de ejecutar ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

#### *H) Adaptaciones de los derechos de los interesados en el ámbito de determinados ficheros de titularidad pública*

En relación con los derechos de los interesados en el marco de los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por un lado, y de la Hacienda Pública, por otro, la LOPD contempla ciertas singularidades (arts. 22 y 23 LOPD).

Así, los responsables de los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán denegar el acceso, la rectificación o cancelación en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado o la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando (art. 23.1 LOPD). De igual modo, los responsables de los ficheros de la Hacienda Pública podrán denegar el ejercicio de los derechos mencionados cuando el mismo obstaculice las actuaciones administrativas tendentes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en todo caso, cuando el afectado esté siendo objeto de actuaciones inspectoras (art. 23.2 LOPD).

En tales supuestos, la persona a la que se le deniegue, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos mencionados podrá ponerlo en conocimiento del Director de la AEPD o, en su caso, del organismo competente de cada Comunidad Autónoma -en el caso de ficheros mantenidos por Cuerpos de Policía propios de éstas o por las Administraciones tributarias autonómicas-, quienes deberán asegurarse de la procedencia o improcedencia de la denegación.



Además, tratándose de los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se contempla expresamente la obligación de proceder a la cancelación de los datos personales registrados “cuando no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento. A estos efectos, se considerará especialmente la edad del afectado y el carácter de los datos almacenados, la necesidad de mantener los datos hasta la conclusión de una investigación o procedimiento concreto, la resolución judicial firme, en especial la absolutoria, el indulto, la rehabilitación y la prescripción de responsabilidad” (art. 22.4 LOPD).

### **3. LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS**

#### **3.1. Introducción**

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 28 de la Directiva 95/46/CE, el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la UE y el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, los Estados miembros deberían disponer que una o más autoridades públicas se encargasen de vigilar la aplicación en su territorio de las disposiciones adoptadas por ellos en aplicación de la citada Directiva. Asimismo, en el referido artículo se establecía que estas autoridades públicas tendrían atribuida la potestad de supervisión y sanción.

Por lo que respecta a España, la función de supervisión del cumplimiento de los mandatos establecidos en la LOPD le corresponde a la AEPD. Con todo, debe advertirse que junto a la AEPD, con competencias a nivel nacional, se han creado también las Agencias de Madrid y Cataluña, con competencias a nivel autonómico. Las normas que regulan la composición de la AEPD, su funcionamiento y competencias son la LOPD, el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la AEPD, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD y, supletoriamente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común Administrativo y la ley 6/1997, de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuya Disposición Adicional 10ª establece el régimen jurídico de determinados entes públicos entre los que se encuentra la AEPD. En lo relativo

a su régimen patrimonial se rige por la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y en lo relativo a la contratación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector público

Según la mencionada normativa la AEPD se caracteriza por ser un ente de Derecho Público (hoy con la categoría de agencia estatal conforme a la Ley 28/2006, de 18 de julio) con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Por todo ello, la AEPD actúa con independencia de las demás Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones. En el ejercicio de sus funciones públicas, la AEPD actúa de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

#### . Estructura de AEPD

Por lo que se refiere a la estructura orgánica de la AEPD, cabría destacar los tres siguientes órganos: el Director de la AEPD, el Consejo Consultivo y la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos. (cuenta además con una Secretaría General, una Subdirección de Inspección de datos, con un Adjunto al Director, un Gabinete Jurídico, un Área Internacional y un gabinete de Prensa)

El Director de la AEPD, cuyo nombramiento se realiza por el Gobierno a propuesta del Ministro de Justicia de entre los miembros del Consejo Consultivo, es el encargado de la dirección de la Agencia y ostenta su representación. Durante su mandato, que tendrá una duración de 4 años, ejercerá sus funciones con plena independencia y objetividad y no estará sujeto a instrucción alguna.

Por su parte, el Consejo Consultivo, nombrado también por el Gobierno, es un órgano colegiado de asesoramiento del Director y tiene por cometido emitir los informes en las cuestiones que aquél le someta y formular propuestas en temas relacionados con las materias de competencia de la AEPD. En cuanto a su composición, el Consejo Consultivo estaría integrado por los siguientes miembros: un diputado, un senador, un representante de la Administración General del Estado, un representante de la Administración Local, un miembro de la Real Academia de la Historia, un experto en la materia, un responsable de los usuarios y consumidores, un representante de las Comunidades Autónomas con agencia propia y un representante del sector de ficheros

privados. Con carácter preceptivo el órgano consultivo debe reunirse al menos una vez cada seis meses.

Finalmente, el Registro General de Protección de Datos, adscrito a una Subdirección general es el órgano de la AEPD al que corresponde velar por la publicidad de la existencia de los ficheros automatizados de datos de carácter personal. Y ello con miras a hacer posible el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y cancelación de los datos de carácter personal. En el deberán inscribirse : a) Los ficheros de que sean titulares las Administraciones Públicas; b) Los ficheros de titularidad privada ; c) Las autorizaciones a que se refiere la LOPD y d) Los datos relativos a los ficheros que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación, cancelación y oposición.

### **3.3. Las funciones de la AEPD: especial mención a la potestad inspectora**

Entre las funciones que competen a la AEPD cabe destacar, de entrada, la función general de velar por el cumplimiento de la legislación sobre la protección de datos, así como la función de control de su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de los datos contenidos en los ficheros. Concretamente, en relación a este último aspecto, a la AEPD le corresponde atender las peticiones y reclamaciones de los afectados, así como informarles de sus derechos cuando se lo requieran.

Asimismo, en orden a la consecución de su función principal o genérica, la AEPD debe promover campañas de difusión en los medios, destinadas a informar a los ciudadanos de sus derechos en materia de protección de datos. Dichas campañas son financiadas con los fondos obtenidos de las sanciones que se imponen por el incumplimiento de las disposiciones de la LOPD.

Junto a esta función de información y asesoramiento al afectado, la AEPD es el organismo encargado de emitir las autorizaciones previstas en la Ley-v. gr. concesión de inscripción de un fichero o transferencia internacional de datos-. La AEPD tiene atribuida además, la potestad inspectora y sancionadora; de ahí que sea la encargada de velar por el cumplimiento de las normas en materia de protección de datos y, en caso de

incumplimiento, a ella le compete adoptar las medidas necesarias para poner fin a la situación de ilegalidad.

Entre sus múltiples funciones, a la AEPD le corresponde intervenir en la elaboración de las normas atinentes a la protección de datos. En este sentido, la AEPD participa de su elaboración realizando una labor de información de los proyectos de las normas de desarrollo de la LOPD -v. gr. Reglamento de desarrollo de la LOPD- o de otros proyectos que incidan en la materia de protección de datos de carácter personal -v. gr. normas sobre consumo o seguridad ciudadana.

La AEPD se ocupa también de dictar Instrucciones y Recomendaciones en materia de seguridad y control de acceso a los ficheros, así como de las relativas a la adecuación de los tratamientos de datos a la LOPD.

No debe dejar de mencionarse entre sus múltiples funciones, las competencias de la AEPD para actuar como representante de España en los foros internacionales que afecten a la protección de datos, su capacidad de control y observancia de lo dispuesto en la Ley reguladora de la Función Estadística Pública o su cometido de elaboración de la Memoria Anual que ha de presentarse en las Cortes, mediante conducto, por el Ministro de Justicia.

Con todo, y sin restar importancia a las funciones ya mencionadas, ha de destacarse de entre las tareas encomendadas a la AEPD las labores de control, supervisión y sanción.

En cuanto a la potestad de control e inspección, ésta se contempla de manera singularizada en el art. 40 de la LOPD, de acuerdo con el cual las autoridades de control podrán inspeccionar los ficheros a los que hace referencia la Ley y recabar cuantas informaciones precisen para el cumplimiento de sus cometidos. Para ello, podrán solicitar la exhibición o el envío de documentos y datos y examinarlos en el lugar en que se encuentren depositados, o bien inspeccionar los equipos físicos y lógicos utilizados para el tratamiento de los datos, accediendo a los locales donde se hallen instalados.

Asimismo, del texto del art. 40 LOPD se colige que los funcionarios que ejerzan la

inspección tendrán la consideración de autoridad pública. Las labores de inspección deben estar expresamente autorizadas por el Director de la AEPD y pueden ser de dos tipos: las sectoriales y las que se inician como consecuencia de las reclamaciones concretas de los particulares o por orden del Director.

Una vez finalizada la inspección, los funcionarios deben redactar la pertinente acta de inspección, que funciona a modo de presunción iuris tantum; suficiente, por tanto, para destruir el principio de presunción de inocencia.

### **3.4. La potestad sancionadora: las infracciones y sanciones en materia de protección de datos**

Junto a la potestad inspectora, y como consecuencia derivada de ella, a la AEPD se le atribuye la potestad sancionadora. Por tal potestad ha de entenderse la competencia de la Agencia para imponer sanciones cuando tras las inspecciones se comprueba la comisión de alguna de las infracciones recogidas en la LOPD.

Según el art. 44 de la LOPD, las infracciones pueden ser leves, graves o muy graves. De su comisión responderán los responsables de los ficheros-públicos o privados-, así como los encargados de los tratamientos de datos-art. 43 LOPD. La relación de infracciones nos permite conocer lo que está prohibido en la gestión de los datos personales y, además, nos da una perfecta idea de qué conductas son las mas graves y, en consecuencia suponen una vulneración más intensa del derecho fundamental de protección de datos de caracter personal

En cuanto a las sanciones, al igual que las infracciones, podrán ser consideradas como leves, graves o muy graves. La sanción prevista será la multa, fijando la norma la cuantía máxima y mínima. A la AEPD le corresponde establecer en montante de la multa entre el máximo y el mínimo fijado por la norma, atendiendo a las circunstancias que rodean al hecho -derecho afectado, daño y perjuicio causado. Cuando el hecho cometido sea constitutivo de una infracción muy grave, la AEPD podrá hacer uso de la potestad de inmovilización de los ficheros, tanto si éstos son de titularidad pública o privada.

Además de la imposición de la multa, y cuando se trate de ficheros de titularidad pública, el Director de la AEPD podrá proponer la iniciación de actuaciones disciplinarias, si procediere. El procedimiento y las sanciones a aplicar serán las establecidas en la legislación sobre el régimen disciplinario de las Administraciones Públicas.

A su vez, el afectado por el incumplimiento de la normativa en materia de protección de datos puede solicitar que se le indemnice por los perjuicios que se hayan podido ocasionar. En tal caso, la indemnización se fijará, según lo establecido en la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de la Administración Pública -si se trata de ficheros de titularidad pública- o la determinarán los órganos de la jurisdicción ordinaria cuando se trate de ficheros de titularidad privada.

La imposición de una sanción requiere que se lleve a cabo la tramitación de un procedimiento sancionador, el cual aparece íntegramente regulado en el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LOPD (cfr. arts. 120 y ss.).

La resolución adoptada por la AEPD agota la vía administrativa y es recurrible ante la Audiencia Nacional.

3.5. Entidades de las Comunidades Autónomas equivalentes a la Agencia Española de Protección de Datos.

Las Comunidades Autónomas pueden crear también entidades equivalentes a la Agencia Española de Protección de Datos en relación con los ficheros de titularidad pública creados o gestionados por ellas o por la Administración Local de su ámbito territorial.

Estas entidades se consideran autoridades de control y, a ellas se les garantiza la misma plena independencia y objetividad en el ejercicio de su cometido que a la Agencia Española de Protección de Datos.

También pueden las Comunidades Autónomas crear y mantener sus propios registros de ficheros para el ejercicio de sus competencias que se les reconoce sobre los mismos.

Han creado su respectiva Agencia: a) La comunidad de Madrid, mediante Ley 13/1995,

derogada por la Ley 8/2001 b) Cataluña mediante la Ley 5/2002, sustituida por la Ley 32/2010 y c) País Vasco mediante la ley 2/2004.

Estatutos de Autonomía reformados recientemente como el catalán (artículo 31) o el de Castilla-León, prven expresamente la existencia de una autoridad independiente, designada por el Parlamento, o la posible creación de una agencia autonómica, respectivamente.

Todas estas autoridades autonómicas solo pueden ejercer sus competencias sobre ficheros de titularidad pública creados por las Administraciones de las Comunidades Autónomas o por las entidades locales , así como por los organismos dependientes de las mismas.

### **Bibliografía:**

AA.VV., Comentario al Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (aprobado por RD 1720/2007, de 21 de diciembre), Thomson–Civitas, Cizur Menor, 2008; A PARICIOS ALOM, J., Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, 3.ª ed., Thomson–Reuters, Cizur Menor, 2009; GARCÍA CACHAFEIRO, F., LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS A. y SOUTO GARCÍA, E., «Contexto normativo e conceptual da protección de datos de carácter persoal », en AA.VV., A protección dedatos de carácter persoal, Deputación de Lugo–UDC, Lugo, 2010, pp. 13–71; INSTITUCIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA, La protección de datos de carácter personal; RUIZ CARRILLO, A., Manual práctico de protección de datos, Bosch, Barcelona, 2005; SANTOS GARCÍA, D., Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos, Tecnos, Madrid, 2005.

**FERNANDO GARCÍA CACHAFEIRO**

**MARCOS A. LÓPEZ SUÁREZ**

**EVA M.ª SOUTO GARCÍA**

TEMA MODIFICADO POR **ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO**

LETRADO HABILITADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 10**

**LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA:  
NORMATIVA BÁSICA ESTATAL Y NORMATIVA  
DE DESARROLLO EN LA COMUNIDAD  
AUTÓNOMA DE GALICIA. EL ÓRGANO  
ADMINISTRATIVO, EN ESPECIAL LA  
COMPETENCIA. LOS ÓRGANOS COLEGIADOS EN  
LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA.  
ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN.**



## **TEMA 10. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: NORMATIVA BÁSICA ESTATAL Y NORMATIVA DE DESARROLLO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO, EN ESPECIAL LA COMPETENCIA. LOS ÓRGANOS COLEGIADOS EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN.**

### **I. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: NORMATIVA BÁSICA ESTATAL Y NORMATIVA DE DESARROLLO EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

#### **1. NORMATIVA APLICABLE**

De conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.18ª de la Constitución española, le corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, expresión que, de acuerdo con lo dispuesto en el fundamento jurídico 38 de la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, no se refiere exclusivamente al procedimiento y al régimen de recursos, sino también a la regulación de la organización de todas las Administraciones públicas. Por otra parte, dado que, como se acaba de señalar, la delimitación del régimen jurídico de las administraciones públicas sigue el esquema “bases más desarrollo”, las Comunidades autónomas pueden dictar sus propias normas siempre que su contenido se ajuste a la normativa básica estatal.

Al amparo de ese título competencial, el Estado tiene regulado, con carácter básico, el régimen jurídico de los órganos de la Administraciones públicas en el título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Por su parte, la Comunidad autónoma de Galicia aprobó en su día la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, en cuyo título I, capítulo I (artículos 4 a 22), se desarrolla la regulación básica estatal relativa al régimen jurídico de los órganos de las Administraciones públicas (la vigente con anterioridad a la Ley 40/2015, es decir, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común).

## **2. PRINCIPIOS DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

*- En la normativa básica estatal*

De acuerdo con el artículo 3.3 de la Ley 40/2015, bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades autónomas y de los correspondientes de las entidades locales, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las leyes y el resto del Ordenamiento jurídico. El apartado 1 de este artículo, después de reiterar casi literalmente el enunciado del artículo 103.1 de la Constitución ("las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho), añade que las Administraciones públicas deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios:

- Servicio efectivo a los ciudadanos.
- Simplicidad, claridad y proximidad a los ciudadanos.
- Participación, objetividad y transparencia de la actuación administrativa.
- Racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión.
- Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional.
- Responsabilidad por la gestión pública.
- Planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas.
- Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados.
- Economía, suficiencia y adecuación estricta de los medios a los fines institucionales.
- Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

- Cooperación, colaboración y coordinación entre las Administraciones públicas.

- *En la normativa de desarrollo de la Comunidad autónoma de Galicia*

La Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, bajo la dirección de la Xunta, y las entidades integrantes del sector público autonómico sirven con objetividad a los intereses generales y actúan con sometimiento pleno a la Constitución, al Estatuto de autonomía, a la ley y al resto del ordenamiento jurídico. Las potestades y competencias administrativas que tienen atribuidas por el Ordenamiento jurídico la Administración general y las entidades que integran el sector público autonómico determinan su capacidad de obrar.

La organización y la actividad de la Administración general y de las entidades que integran el sector público autonómico, según lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, responden al principio de división funcional y en su organización se observarán los siguientes principios:

- Jerarquía.
- Descentralización.
- Desconcentración.
- Coordinación.
- Eficacia y eficiencia.
- Simplificación, claridad, buena fe, imparcialidad, confianza legítima y proximidad a los ciudadanos.

## **II. EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO, EN ESPECIAL LA COMPETENCIA**

### **1. CONCEPTO DE ÓRGANO ADMINISTRATIVO. CREACIÓN DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS**

De acuerdo con el artículo 5.1 de la Ley 40/2015, tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo. A cada Administración pública le corresponde delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización.

No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos. A este objeto, la creación de un nuevo órgano sólo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población

La creación de cualquier órgano administrativo exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- La determinación de su forma de integración en la Administración pública de que se trate y su dependencia jerárquica.
- La delimitación de sus funciones y competencias.
- La dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

### **2. RELACIONES INTERORGÁNICAS: LOS PRINCIPIOS DE JERARQUÍA Y COMPETENCIA**

- *Principio de jerarquía*

Conforme al artículo 6 de la Ley 40/2015, los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y

órdenes de servicio.

Cuando una disposición específica así lo establezca, o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el boletín oficial que corresponda, sin perjuicio de su difusión de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

El incumplimiento de las instrucciones u órdenes de servicio no afecta por sí solo a la validez de los actos dictados por los órganos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que se pueda incurrir.

*- Especificidades de los órganos consultivos*

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley 40/2015, la Administración consultiva podrá articularse mediante órganos específicos dotados de autonomía orgánica y funcional con respecto a la Administración activa, o a través de los servicios de esta última que prestan asistencia jurídica. En tal caso, dichos servicios no podrán estar sujetos a dependencia jerárquica, ya sea orgánica o funcional, ni recibir instrucciones, directrices o cualquier clase de indicación de los órganos que hayan elaborado las disposiciones o producido los actos objeto de consulta, actuando para cumplir con tales garantías de forma colegiada.

Por su parte, el artículo 22 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia se ocupa de los órganos colegiados consultivos, disponiendo que los órganos colegiados de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia cuyas funciones sean exclusiva o principalmente emitir informes o propuestas, asesorar o resolver consultas se denominarán consejos.

Asimismo, con carácter departamental o interdepartamental se podrán crear consejos asesores. La composición y las funciones de estos consejos se determinarán en las normas de creación respectivas y sus informes no tendrán carácter vinculante, salvo disposición legal en sentido contrario.

*- Principio de competencia*

Doctrinalmente, la competencia administrativa se define como el conjunto de funciones y potestades que el Ordenamiento jurídico atribuye a cada ente o, dentro de éstos, a cada órgano administrativo, y que determina la medida de su capacidad, es decir, lo que puede y lo que no puede hacer en Derecho. Dicho de otra forma, sin competencia, los entes y los órganos administrativos no pueden actuar válidamente.

En este sentido, el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, dispone que son nulos de pleno derecho los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. El resto de los actos viciados de incompetencia son anulables, sin perjuicio de que sea posible su convalidación por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado (artículo 52.3 de Ley 39/2015).

Según el artículo 8 de la Ley 40/2015, la competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación.

La delegación de competencias, las encomiendas de gestión, la delegación de firma y la suplencia no suponen alteración de la titularidad de la competencia, aunque sí de los elementos determinantes de su ejercicio que en cada caso se prevén.

La titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos administrativos podrán ser desconcentradas en otros jerárquicamente dependientes de aquéllos en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias.

Si alguna disposición atribuye la competencia a una Administración, sin especificar el órgano que debe ejercerla, se entenderá que la facultad de instruir y resolver los expedientes corresponde a los órganos inferiores competentes por razón de la materia y del territorio. Si existiera más de un órgano inferior competente por razón de materia y territorio, la facultad para instruir y resolver los expedientes corresponderá al superior jerárquico común de estos.

Para el ámbito de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia, estas mismas reglas están recogidas en el artículo 5 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia. El apartado 5 de este artículo añade que los órganos de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia extienden su competencia a todo el territorio de la Comunidad autónoma, salvo indicación en sentido contrario de las normas aplicables.

### **3. RELACIONES INTERORGÁNICAS: ALTERACIONES EN EL EJERCICIO DE LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS**

#### *- Delegación de competencias*

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 40/2015, los órganos de las diferentes Administraciones públicas podrán delegar el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas en otros órganos de la misma Administración, aun cuando no sean jerárquicamente dependientes, o en los organismos públicos o entidades de Derecho público vinculados o dependientes de aquéllas.

En ningún caso podrán ser objeto de delegación las competencias relativas a:

- Los asuntos que se refieran a relaciones con la Jefatura del Estado, la Presidencia del Gobierno de la Nación, las Cortes Generales, las Presidencias de los Consejos de Gobierno de las Comunidades autónomas y las asambleas legislativas de las Comunidades autónomas.
- La adopción de disposiciones de carácter general.
- La resolución de recursos en los órganos administrativos que hayan dictado los actos objeto de recurso.
- Las materias en que así se determine por norma con rango de Ley.
- Asimismo, salvo autorización expresa de una Ley, no podrán delegarse las competencias que se ejerzan por delegación.

En cambio, no constituye impedimento para que pueda delegarse la competencia para

resolver un procedimiento la circunstancia de que la norma reguladora del mismo prevea, como trámite preceptivo, la emisión de un dictamen o informe; no obstante, no podrá delegarse la competencia para resolver un procedimiento una vez que en el correspondiente procedimiento se haya emitido un dictamen o informe preceptivo acerca del mismo.

En cuanto a los requisitos generales de estas delegaciones, son los siguientes:

- Las delegaciones de competencias y su revocación deberán publicarse en el «*Boletín Oficial del Estado*, en el de la Comunidad autónoma o en el de la provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano delegante, y el ámbito territorial de competencia de éste.
- El acuerdo de delegación de aquellas competencias atribuidas a órganos colegiados para cuyo ejercicio se requiera un quórum o mayoría especial deberá adoptarse observando, en todo caso, dicho quórum o mayoría.
- Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante.

Por último, la delegación será revocable en cualquier momento por el órgano que la haya conferido.

Para el ámbito de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia, el artículo 6 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia prevé que el ejercicio de las competencias cuya titularidad corresponda a órganos de la Administración autonómica podrá ser delegado en otros órganos de la propia Administración autonómica o de alguna entidad integrante del sector público autonómico y establece los requisitos especiales siguientes:

- Cuando entre los órganos delegante y delegado no exista relación jerárquica y pertenezcan a la misma consejería, será necesaria la aprobación previa del órgano superior común. Si delegante y delegado no pertenecen a la misma Consellería, se requerirá la autorización de la persona titular de la Consellería a la que pertenece el



órgano delegado.

- En caso de que un órgano de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia delegue el ejercicio de competencias en un órgano de una entidad instrumental del sector autonómico, tal delegación deberá ser previamente aprobada, si los hubiere, por los órganos de los que dependan el órgano delegante y el órgano delegado, salvo que el delegante sea el titular de la Consellería de adscripción de la entidad instrumental, caso en que bastará con la decisión de éste.

A los supuestos en que la legislación básica estatal no permite la delegación se añade el de los asuntos que deban ser sometidos a acuerdo de la Xunta de Galicia, sin perjuicio de las competencias del Consello de la Xunta cuyo ejercicio se atribuya a sus comisiones delegadas, así como el de los asuntos que se refieran a las relaciones institucionales con la Unión Europea.

En el ámbito autonómico, las delegaciones de competencias y su revocación, además de publicarse en el *Diario Oficial de Galicia*, deberán figurar de forma permanente y accesible en la página web institucional de la Consellería o del órgano delegante. Asimismo, los actos y resoluciones administrativas dictados por delegación no sólo harán constar esta circunstancia, sin también el número y fecha de publicación de la delegación en el *Diario Oficial de Galicia*.

#### - *Avocación*

El artículo 10 de la Ley 40/2015 establece que los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de uno o varios asuntos cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente.

En los supuestos de delegación de competencias en órganos no dependientes jerárquicamente, el conocimiento de un asunto podrá ser avocado únicamente por el órgano delegante.

En todo caso, la avocación se realizará mediante acuerdo motivado que deberá ser notificado a los interesados en el procedimiento, si los hubiere, con anterioridad o

simultáneamente a la resolución final que se dicte.

Contra el acuerdo de avocación no cabrá recurso, aunque podrá impugnarse en el que, en su caso, se interponga contra la resolución del procedimiento.

Para el ámbito de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia, la única especialidad que prevé el artículo 7 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia consiste en que la avocación, salvo que sea acordada por un miembro de la Xunta de Galicia, deberá ser puesta también en conocimiento del superior jerárquico del órgano avocante.

#### *- Encomiendas de gestión*

Según el artículo 11 de la Ley 40/2015, la realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de Derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de Derecho público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta.

La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

En todo caso, la entidad u órgano encomendado tendrá la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.

La formalización de las encomiendas de gestión se ajustará a las siguientes reglas:

- Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos administrativos o entidades de Derecho público pertenecientes a la misma Administración deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o entidades de Derecho público intervinientes. En todo caso, el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberá ser publicada, para su eficacia, en el *Boletín Oficial del Estado*, en el Boletín oficial de la Comunidad autónoma o en el de la provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante.

Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada.

- Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y entidades de Derecho público de distintas Administraciones se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, que deberá ser publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, en el Boletín oficial de la Comunidad autónoma o en el de la provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las Comunidades autónomas por las Diputaciones provinciales o en su caso Cabildos o Consejos insulares, que se regirá por la legislación de régimen local.

Por su parte, la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia distingue los dos tipos de encomiendas de gestión de los que habla la legislación básica estatal, estableciendo los siguientes requisitos para cada una de ellos:

- Encomienda de gestión intrasubjetiva (artículo 8). Es la que se le realiza a otros órganos de la misma Administración o entidad. La encomienda de gestión a órganos pertenecientes a la misma Consellería deberá ser autorizada por la persona titular de la Consellería correspondiente. Para la encomienda de gestión a órganos pertenecientes a diferente Consellería o dependientes de diferente Consellería será

precisa la autorización del Consello de la Xunta. La encomienda de gestión intrasubjetiva se formalizará por medio de la resolución de autorización y de los acuerdos que se firmen entre los órganos correspondientes una vez autorizada la encomienda de gestión, y deberá ser publicada en el *Diario Oficial de Galicia* con el contenido mínimo siguiente:

- Actividad o actividades a que se refiera.
- Naturaleza y alcance de la gestión encomendada.
- Plazo de vigencia y supuestos en que proceda la finalización anticipada de la encomienda o su prórroga.

Asimismo, también deberán ser publicadas las sucesivas prórrogas de la encomienda que, en su caso, se firmen.

La encomienda de gestión se publicará en la página web institucional de los órganos intervinientes, a efectos informativos.

- Encomienda de gestión intersubjetiva entre Administraciones públicas y entidades públicas (artículo 9). La encomienda de gestión también se podrá llevar a cabo entre órganos pertenecientes a distintas Administraciones y entidades públicas, pertenezcan o no al sector público autonómico, con la condición de que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Que el órgano que realice la actividad encomendada lo haga a título gratuito.
- Que la entidad que vaya a desarrollar la actividad encomendada pueda ser considerada como medio propio o servicio técnico de la entidad encomendante.
- Que, por su objeto, su causa u otra circunstancia jurídicamente relevante, no tenga la naturaleza de contrato sujeto a la Ley de contratos del sector público.

La encomienda de gestión intersubjetiva se articulará por medio de convenios interadministrativos de colaboración. No obstante, en el caso de que la entidad a que pertenece el órgano que vaya a realizar la encomienda tenga la consideración de medio propio y servicio técnico de la entidad a que pertenece el encomendante, la encomienda se instrumentará por medio de resolución de la consejería de adscripción de la entidad.

Para su efectividad, el instrumento en que se formalice la encomienda de gestión intersubjetiva deberá ser publicado en el *Diario Oficial de Galicia* con el contenido mínimo previsto en el artículo 8.

La encomienda de gestión de actividades y servicios que sean competencia de otras Administraciones públicas en favor de órganos de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia o entes públicos del sector público autonómico requerirá la aceptación previa del Consello de la Xunta y será formalizada mediante la firma del correspondiente convenio.

Distintas de las encomiendas de gestión en el sentido de la legislación estatal son las encomiendas a otras entidades reguladas en el artículo 10 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia. De acuerdo con este precepto, podrá encargarse la realización de tareas a entidades de Derecho privado que reúnan la condición de medio propio de la Administración o entidad pública encomendante mediante resolución unilateral del órgano que se determine conforme al artículo 47 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.

Asimismo, podrá encargarse la realización de tareas a otras personas físicas o jurídicas de Derecho privado por medio de convenios siempre que se respeten los contenidos y límites de la legislación básica sobre contratación del sector público. Por medio de tales convenios de colaboración no se podrán encargar a estas personas físicas o jurídicas privadas actividades que, según la legislación vigente, tengan que realizarse con sujeción al derecho administrativo.

*- Delegación de firma*

Prevé el artículo 12 de la Ley 40/2015 que los titulares de los órganos administrativos podrán, en materias de su competencia, que ostenten, bien por atribución, bien por delegación de competencias, delegar la firma de sus resoluciones y actos administrativos en los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, dentro de los límites señalados en el artículo 9 de la propia ley para la delegación de competencia.

La delegación de firma no alterará la competencia del órgano delegante y para su validez no será necesaria su publicación, pero en las resoluciones y actos que se firmen por delegación se hará constar esta circunstancia y la autoridad de procedencia.

Para el ámbito de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia, el artículo 11 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público de Galicia regula la delegación de firmas en términos casi idénticos a la normativa básica estatal, debiendo señalarse tres particularidades:

- No se prevé la delegación de firma en materias que se ostenten por delegación de competencias, sino sólo en “materias de su propia competencia”.
- La firma deberá ir precedida de la expresión “por delegación de firma”, con indicación del cargo que autoriza y del órgano autorizado.
- Se recoge la prohibición de delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador que establecía la Ley 30/1992.

*- Suplencia*

De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 40/2015, en la forma que disponga cada Administración pública, los titulares de los órganos administrativos podrán ser suplidos temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, así como en los casos en que haya sido declarada su abstención o recusación. Si no se designa suplente, la competencia del órgano administrativo se ejercerá por quien designe el órgano administrativo inmediato superior de quien dependa.

La suplencia no implicará alteración de la competencia y para su validez no será necesaria su publicación, pero en las resoluciones y actos que se dicten mediante suplencia se hará constar esta circunstancia y se especificará el titular del órgano en cuya suplencia se adoptan y quien efectivamente está ejerciendo esta suplencia.

El artículo 12 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia prevé para el ámbito autonómico que la designación del suplente corresponderá al órgano competente para el nombramiento del titular del órgano.

#### **4. RELACIONES INTERORGÁNICAS: DECISIONES SOBRE COMPETENCIA. CONFLICTOS DE ATRIBUCIONES**

De acuerdo en el artículo 14 de la Ley 40/2015, el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, debiendo notificar esta circunstancia a los interesados. Por su parte, los interesados que sean parte en el procedimiento podrán dirigirse al órgano que se encuentre conociendo de un asunto para que decline su competencia y remita las actuaciones al órgano competente (declinatoria de competencia). Asimismo, podrán dirigirse al órgano que estimen competente para que requiera de inhibición al que esté conociendo del asunto (inhibitoria de competencia).

Los conflictos de atribuciones sólo podrán suscitarse entre órganos de una misma Administración no relacionados jerárquicamente, y respecto a asuntos sobre los que no haya finalizado el procedimiento administrativo.

Sobre estos últimos, el artículo 13 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia señala que los conflictos de atribuciones positivos o negativos entre órganos de una misma Consellería serán resueltos por el superior jerárquico común en el plazo de diez días hábiles sin que quepa recurso alguno, aplicándose el siguiente procedimiento:

- En los conflictos positivos, el órgano que se considere competente requerirá de inhibición a aquél que conozca del asunto, el cual suspenderá el procedimiento por

un plazo de diez días hábiles. Si dentro de este plazo acepta el requerimiento, remitirá el expediente al órgano que lo hubiese formulado. En caso de considerarse competente, remitirá acto seguido las actuaciones al superior jerárquico común.

- En los conflictos negativos, el órgano que se considere incompetente remitirá las actuaciones al órgano que considere competente, que decidirá en el plazo de diez días hábiles, y éste, en caso de considerarse incompetente, remitirá acto seguido el expediente con su informe al superior jerárquico común.

Por su parte, los conflictos de atribuciones entre diferentes Consellerías serán resueltos por acuerdo firmado conjuntamente por las propias personas titulares de las Consellerías afectadas. En caso de discrepancia, se dará traslado al Consello de la Xunta de Galicia, que resolverá en el plazo de diez días, sin que contra su decisión quepa recurso alguno.

### **III. LOS ÓRGANOS COLEGIADOS EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA**

#### **1. LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS COLEGIADOS EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA ESTATAL**

##### *- Régimen jurídico*

El artículo 15 de la Ley 40/2015 señala que el régimen jurídico de los órganos colegiados se ajustará a las normas contenidas en esa sección de la misma (sección 3ª del capítulo II del título preliminar), sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Administraciones Públicas en que se integran. La disposición adicional vigésimo primera matiza que estas normas no serán de aplicación a los órganos colegiados del Gobierno de la Nación, los órganos colegiados de Gobierno de las Comunidades autónomas y los órganos colegiados de gobierno de las entidades locales.

Los órganos colegiados de las distintas Administraciones públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquellos compuestos por representaciones de distintas Administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento. Este tipo de órganos colegiados quedarán integrados en la Administración pública que corresponda, aunque sin participar en la estructura



jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.

El acuerdo de creación y las normas de funcionamiento de los órganos colegiados que dicten resoluciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros deberán ser publicados en el Boletín o Diario Oficial de la Administración pública en que se integran. Adicionalmente, las Administraciones podrán publicarlos en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento. Cuando se trate de un órgano colegiado en que participen organizaciones representativas de intereses sociales o compuesto por representaciones de distintas Administraciones públicas, la citada publicidad se realizará por la Administración a quien corresponda la Presidencia.

*- El Secretario*

El artículo 16 de la Ley 40/2015 regula con carácter básico la figura del Secretario de los órganos colegios. Este precepto ordena que los órganos colegiados tengan un Secretario, que podrá ser un miembro del propio órgano o una persona al servicio de la Administración pública correspondiente. En caso de que el Secretario no miembro sea suplido por un miembro del órgano colegiado, éste conservará todos sus derechos como tal.

Al secretario le corresponde velar por la legalidad formal y material de las actuaciones del órgano colegiado, certificar las actuaciones del mismo y garantizar que los procedimientos y reglas de constitución y adopción de acuerdos son respetadas.

*- Funcionamiento*

El artículo 17 de la Ley 40/2015 establece las siguientes normas básicas sobre el funcionamiento de los órganos colegiados:

- Funcionamiento presencial o a distancia. Todos los órganos colegiados se podrán constituir, convocar, celebrar sus sesiones, adoptar acuerdos y remitir actas tanto de forma presencial como a distancia, salvo que su reglamento interno recoja expresa y excepcionalmente lo contrario.

En las sesiones que celebren los órganos colegiados a distancia, sus miembros podrán encontrarse en distintos lugares siempre y cuando se asegure por medios electrónicos, considerándose también tales los telefónicos, y audiovisuales, la identidad de los miembros o personas que los suplan, el contenido de sus manifestaciones, el momento en que éstas se producen, así como la interactividad e intercomunicación entre ellos en tiempo real y la disponibilidad de los medios durante la sesión. Entre otros, se considerarán incluidos entre los medios electrónicos válidos, el correo electrónico, las audioconferencias y las videoconferencias.

- Quórum. Para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones, deliberaciones y toma de acuerdos, se requerirá la asistencia, presencial o a distancia, del Presidente y Secretario o en su caso, de quienes les suplan, y la de la mitad, al menos, de sus miembros.

Cuando se trate de los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales o compuestos por representaciones de distintas Administraciones públicas, el Presidente podrá considerar válidamente constituido el órgano, a efectos de celebración de sesión, si asisten los representantes de las Administraciones públicas y de las organizaciones representativas de intereses sociales miembros del órgano a los que se haya atribuido la condición de portavoces.

Cuando estuvieran reunidos, de manera presencial o a distancia, el Secretario y todos los miembros del órgano colegiado, o en su caso las personas que les suplan, éstos podrán constituirse válidamente como órgano colegiado para la celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos sin necesidad de convocatoria previa cuando así lo decidan todos sus miembros.

Los órganos colegiados podrán establecer el régimen propio de convocatorias, si éste no está previsto por sus normas de funcionamiento. Tal régimen podrá prever una segunda convocatoria y especificar para ésta el número de miembros necesarios para constituir válidamente el órgano.

- Convocatoria de las sesiones. Salvo que no resulte posible, las convocatorias serán remitidas a los miembros del órgano colegiado a través de medios electrónicos, haciendo constar en la misma el orden del día junto con la documentación necesaria para su deliberación cuando sea posible, las condiciones en las que se va a celebrar la sesión, el sistema de conexión y, en su caso, los lugares en que estén disponibles los medios técnicos necesarios para asistir y participar en la reunión.

- Adopción de acuerdos. No podrá ser objeto de deliberación o acuerdo ningún asunto que no figure incluido en el orden del día, salvo que asistan todos los miembros del órgano colegiado y sea declarada la urgencia del asunto por el voto favorable de la mayoría.

Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos. Cuando se asista a distancia, los acuerdos se entenderán adoptados en el lugar donde tenga la sede el órgano colegiado y, en su defecto, donde esté ubicada la presidencia.

Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.

- Certificaciones de los acuerdos. Quienes acrediten la titularidad de un interés legítimo podrán dirigirse al Secretario de un órgano colegiado para que les sea expedida certificación de sus acuerdos. La certificación será expedida por medios electrónicos, salvo que el interesado manifieste expresamente lo contrario y no tenga obligación de relacionarse con las Administraciones por esta vía.

#### *- Actas*

El artículo 18 de la Ley 40/2015 establece que de cada sesión que celebre el órgano colegiado se levantará acta por el Secretario, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Podrán grabarse las sesiones que celebre el órgano colegiado. El fichero resultante de la

grabación, junto con la certificación expedida por el Secretario de la autenticidad e integridad del mismo, y cuantos documentos en soporte electrónico se utilizasen como documentos de la sesión, podrán acompañar al acta de las sesiones, sin necesidad de hacer constar en ella los puntos principales de las deliberaciones.

El acta de cada sesión podrá aprobarse en la misma reunión o en la inmediata siguiente. El Secretario elaborará el acta con el visto bueno del Presidente y lo remitirá a través de medios electrónicos, a los miembros del órgano colegiado, quienes podrán manifestar por los mismos medios su conformidad o reparos al texto, a efectos de su aprobación, considerándose, en caso afirmativo, aprobada en la misma reunión.

Cuando se hubiese optado por la grabación de las sesiones celebradas o por la utilización de documentos en soporte electrónico, deberán conservarse de forma que se garantice la integridad y autenticidad de los ficheros electrónicos correspondientes y el acceso a los mismos por parte de los miembros del órgano colegiado.

## **2. LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS COLEGIADOS EN LA LEGISLACIÓN BÁSICA AUTONÓMICA GALLEGA**

### *- Régimen jurídico*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, los órganos colegiados se rigen por la legislación básica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas, la legislación específica aplicable, las normas contenidas en esta sección de la ley y sus reglamentos de régimen interior.

Tal como establece la legislación básica estatal, los órganos colegiados de las distintas Administraciones públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquéllos compuestos por representaciones de distintas Administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento. Igualmente, hay que tener en cuenta que las normas contenidas en esta sección de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público

autonómico de Galicia no serán de aplicación al Consello de la Xunta ni a sus comisiones delegadas.

*- Requisitos de creación*

La constitución de un órgano colegiado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, tendrá como presupuesto indispensable la determinación de los siguientes extremos en su norma de creación:

- Sus fines y objetivos.
- Su integración administrativa o dependencia jerárquica.
- La composición y los criterios para la designación de la persona titular de su presidencia y de los restantes miembros.
- Las funciones de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento y control, así como cualquier otra que se le atribuya.
- La dotación de los créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento.

*- Presidencia*

En cada órgano colegiado, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, corresponde al presidente:

- Desempeñar la representación del órgano.
- Acordar la convocatoria de las sesiones ordinarias y extraordinarias y la fijación del orden del día, teniendo en cuenta, en su caso, las peticiones de los demás miembros formuladas con la suficiente antelación.
- Presidir las sesiones, moderar el desarrollo de los debates y suspenderlos por causas justificadas.
- Dirimir con su voto los empates, a efectos de adoptar acuerdos, salvo que se trate

de los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como de aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia y de otras administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, en que el voto será dirimente si así lo establecen sus propias normas.

- Asegurar el cumplimiento de las leyes.
- Visar las actas y certificaciones de los acuerdos del órgano.
- Ejercer cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de presidente del órgano.

La persona que ejerza la Presidencia siempre tendrá la condición de miembro del órgano colegiado.

En casos de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, el presidente será sustituido por el vicepresidente, si lo hubiere, y, en su falta, por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes.

Esta norma no será de aplicación a los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, ni tampoco a aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia y otras Administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, en que el régimen de sustitución del presidente debe estar específicamente regulado en cada caso, o establecido expresamente por acuerdo del pleno del órgano colegiado.

#### *- Miembros*

En cada órgano colegiado corresponde a sus miembros, según el artículo 17 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia:

- Recibir, con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, la convocatoria que contenga el orden del día de las reuniones. La información sobre los temas que figuren en el orden del día estará a disposición de los miembros con la antelación referida.
- Participar en los debates de las sesiones.
- Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican.
- No abstenerse en las votaciones aquellos que por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones públicas tengan la condición de miembros de órganos colegiados.
- Formular ruegos y preguntas.
- Obtener la información precisa para cumplir las funciones asignadas.
- Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición.

Los miembros de un órgano colegiado no podrán atribuirse las funciones de representación reconocidas a éste, salvo que expresamente les hubiesen sido otorgadas por una norma o por acuerdo válidamente adoptado, para cada caso concreto, por el propio órgano.

En caso de ausencia o de enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada, los miembros titulares del órgano colegiado serán sustituidos por sus suplentes, si los hubiere.

Cuando se trate de órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como de aquéllos compuestos por representaciones de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia y de otras Administraciones públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales, éstas podrán sustituir a sus miembros titulares por otros, acreditándolo ante la secretaría del órgano colegiado, respetando las reservas y limitaciones que establezcan sus normas de organización.

- *Secretaría*

Los órganos colegiados, según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, tendrán un secretario, que podrá ser un miembro del propio órgano o un empleado público al servicio de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia o de la entidad pública en que se integre el órgano de que se trate.

La designación y el cese, así como la sustitución temporal de la persona que ejerza la Secretaría en supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, se realizarán según lo dispuesto en las normas específicas de cada órgano y, en su falta, por acuerdo de éste.

Corresponde al secretario del órgano colegiado:

- Asistir a las reuniones, con voz pero sin voto si no es miembro del órgano y con voz y voto si es miembro de éste.
- Efectuar la convocatoria de las sesiones del órgano por orden de su presidencia, así como las citaciones a sus miembros.
- Recibir los actos de comunicación de los miembros con el órgano y, por tanto, las notificaciones, peticiones de datos, rectificaciones o cualquier otra clase de escritos de los que deba tener conocimiento.
- Preparar el despacho de los asuntos y redactar y autorizar las actas de las sesiones.
- Expedir certificaciones de las consultas, dictámenes y acuerdos aprobados.
- Cuantas otras funciones sean inherentes a su condición de secretario.

- *Convocatoria y sesiones. Uso de medios electrónicos*

En materia de convocatoria y sesiones, el artículo 19 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia recoge las reglas ya expuestas de la legislación básica estatal en la materia, añadiendo el artículo 21 la regulación del uso de medios electrónicos para las convocatorias, la



constitución y la adopción de acuerdos y la aprobación de las actas, en los términos siguientes:

- La convocatoria podrá efectuarse por medio del correo electrónico siempre que se cumplan los siguientes requisitos:
  - El sistema de notificación electrónica permitirá acreditar la fecha y hora en que se produzca la puesta a disposición del interesado de la convocatoria notificada, así como la de acceso a su contenido, momento a partir del cual la notificación se entenderá practicada a todos los efectos legales; en todo caso, se presumirá que la notificación se ha producido por el transcurso de 24 horas, excluyendo sábados, domingos y festivos, desde la puesta a disposición del interesado de la convocatoria notificada, salvo que, de oficio o a instancia del destinatario, se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.
  - Todos los miembros del órgano colegiado que tengan la condición de cargo público o empleado público de la Administración de la que forme parte dicho órgano serán notificados en su dirección electrónica institucional correspondiente. El resto de los miembros de los órganos colegiados serán notificados electrónicamente en la dirección de correo electrónico que señalen a ese efecto.
  - Los miembros de un órgano colegiado podrán ser válidamente convocados para que la sesión se celebre en varios lugares simultáneamente, siempre que los medios técnicos permitan el normal desarrollo de la sesión y el respeto de los derechos de los miembros. Una vez constituido el órgano, la persona que ejerza su presidencia designará, para cada uno de los lugares en donde no se encuentre físicamente el secretario, a uno de los miembros asistentes para que lo auxilie en sus funciones.
  - Las actas de las sesiones de los órganos colegiados podrán ser aprobadas por vía telemática, después de que les sean remitidas a sus miembros a su dirección electrónica.

- *Actas*

De acuerdo con lo establecido en el artículo 20 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, de cada sesión que celebre el órgano colegiado el secretario levantará acta, que especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

En el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable. Asimismo, cualquier miembro tiene derecho a solicitar la transcripción íntegra de su intervención o propuesta, siempre que se refiera a alguno de los puntos del orden del día y aporte en el acto, o en el plazo que señale el presidente, el texto que se corresponda fielmente con su intervención, haciéndose constar así en el acta o uniéndose copia a ésta.

Los miembros que discrepen del acuerdo mayoritario podrán formular voto particular por escrito en el plazo de cuarenta y ocho horas contado desde el momento en que el presidente dé por finalizada la sesión, que se incorporará al texto aprobado.

Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.

Las actas se aprobarán en la misma o en la siguiente sesión; no obstante, el secretario podrá emitir certificación sobre los acuerdos específicos que se hubiesen adoptado, sin perjuicio de la ulterior aprobación del acta.

En las certificaciones de acuerdos adoptados emitidas con anterioridad a la aprobación del acta se hará constar expresamente tal circunstancia.

#### **IV. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN.**

- *Abstención*

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 40/2015, las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas a

continuación se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente. Son motivos de abstención los siguientes:

- Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
- Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
- Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Los órganos jerárquicamente superiores a quien se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el punto anterior podrán ordenarle que se abstengan de toda intervención en el expediente.

La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido, aunque la no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda. Por el contrario, el artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, establece que la actuación de los miembros de las Corporaciones locales en

los casos en que concurra alguno de los motivos de abstención a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones públicas implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

#### - *Recusación*

El artículo 24 de la Ley 40/2015 prevé que, en los casos en que concurra algún motivo de abstención, podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda y se tramitará de la siguiente forma:

- En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada.
- En el primer caso, si el superior aprecia la concurrencia de la causa de recusación, acordará su sustitución acto seguido.
- Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que ponga fin al procedimiento.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Gallego Anabitarte, *Concepto y Principios Fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, 2000.

Carbonell Porras, *Los órganos colegiados: organización, funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Santamaría Pastor, "La teoría del órgano en el Derecho administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 40-41, 1984.

## **TEMA 11**

**EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CLASES. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, CAUSA, FIN Y FORMA. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

## **TEMA 11. EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CLASES. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, CAUSA, FIN Y FORMA. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

### **I. EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y CLASES**

#### **1. CONCEPTO**

Siguiendo a García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, se puede definir el acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria.

De la definición transcrita se extraen los siguientes caracteres del acto administrativo:

- Se trata, en primer lugar, de una declaración, es decir, de la manifestación de una actividad intelectual y no de una mera actuación material.
- En segundo lugar, el contenido de la declaración puede consistir en una decisión (declaración de voluntad), en una opinión expresada mediante un informe o dictamen (declaración de juicio), en una certificación (declaración de conocimiento) o en una propuesta (declaración de deseo).
- En tercer lugar, esa declaración debe provenir de una Administración pública; los actos jurídicos de los particulares en sus relaciones con la Administración no son actos administrativos (solicitudes, recursos, comunicaciones previas, declaraciones responsables...). No obstante, cabe la posibilidad de que sujetos de naturaleza jurídico-privada dicten verdaderos actos administrativos, si el Ordenamiento jurídico les atribuye el ejercicio de una potestad administrativa.

La declaración es realizada unilateralmente por la Administración pública, a diferencia de lo que ocurre con los convenios y contratos administrativos, que tienen carácter bilateral. Determinados actos administrativos tienen como presupuesto una previa manifestación de voluntad del administrado, pero no pierden por ello su carácter unilateral.

No son actos administrativos los actos provenientes de órganos constitucionales que no son Administraciones públicas, aunque estén sometidos al control de los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ni los actos que el Gobierno dicta en su calidad de titular del Poder ejecutivo y no como órgano administrativo (actos políticos del Gobierno).

- Por último, la declaración intelectual en que consiste el acto administrativo es siempre el resultado del ejercicio de una potestad atribuida por el Ordenamiento jurídico a la Administración pública, de acuerdo con el principio de vinculación positiva de esta última a la legalidad. Por consiguiente, no son actos administrativos los actos jurídicos que la Administración realiza como un particular más, sin estar investida de las prerrogativas que le son propias (actos privados de la Administración). La fiscalización de estos actos se lleva a cabo por el orden jurisdiccional civil. En cambio, sí son actos administrativos los actos jurídicos que dicta la Administración en ejercicio de una potestad y que producen efectos en la esfera jurídico-privada (por ejemplo, en el estado civil de las personas o en derechos civiles en general), aunque sean fiscalizados por el orden jurisdiccional civil, como pasa en el caso de la llamada Administración pública del Derecho privado.

Esa potestad ha de ser, además, distinta de la reglamentaria. Ello permite distinguir los verdaderos actos administrativos de las disposiciones administrativas de carácter general, dictadas por la Administración y, así, mientras estas últimas innovan el Ordenamiento jurídico y con el paso del tiempo se consolidan, los primeros lo aplican agotándose en su aplicación.

## **2. CLASES**

Existen muy distintas clasificaciones de los actos administrativos. Entre las principales, por su relevancia jurídico-práctica, pueden mencionarse las siguientes.

- Actos expresos, tácitos y presuntos. En los actos expresos la declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo se exterioriza por medio de la palabra, oral o escrita. En los actos tácitos la declaración se exterioriza a través de una conducta



administrativa positiva, de la que se deduce la voluntad del órgano que la realiza. Por último, los actos presuntos son los que nacen del silencio administrativo positivo, es decir, de aquellos supuestos en que, por ministerio de la ley, la falta de notificación en el plazo establecido de la resolución expresa en un procedimiento administrativo iniciado a solicitud del interesado equivale a todos los efectos a una estimación de esa solicitud (artículo 24.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas).

- Actos reglados y discrecionales. Esta clasificación se basa en el tipo de potestad que haya usado la Administración para dictar el acto en cuestión.

- Actos externos e internos. Actos externos son los que tienen como destinatario a un sujeto distinto a la Administración que los ha dictado, y que puede ser un administrado u otra Administración pública. Actos internos son los que se dirigen a un órgano de la misma Administración los que los dicta.

- Actos decisorios y no decisorios. La distinción entre actos decisorios y no decisorios se basa en el contenido de la declaración intelectual en que consiste todo acto administrativo. Si es una declaración de voluntad, se habla de acto decisorio; si es una declaración de otro tipo (juicio, conocimiento o deseo), estaremos ante un acto no decisorio.

- Actos favorables o declarativos de derechos y actos desfavorables o de gravamen. La distinción entre actos favorables o declarativos de derecho y actos desfavorables o de gravamen sólo se aplica a los actos decisorios externos. Los actos favorables o declarativos de derechos son los que amplían la esfera jurídica de sus destinatarios. Su revocación se sujeta a límites rígidos (artículos 106 y 107 de la Ley 39/2015) y pueden tener efectos retroactivos (artículo 39.3). Los actos desfavorables o de gravamen son los que restringen la esfera jurídica de sus destinatarios. Su revocación en principio es libre (artículo 109.1 de la Ley 39/2015), no pueden tener efectos retroactivos y deben ser motivados (artículo 35.1.a).

- Actos resolutorios y actos de trámite. Actos resolutorios o resoluciones son los que ponen fin al procedimiento administrativo resolviendo sobre el fondo del asunto,

mientras que los actos de trámite son meros pasos dentro del procedimiento. Los actos de trámite sólo se pueden impugnar autónomamente cuando deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, imposibilitan la continuación del procedimiento o causan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos (artículo 112.1 de la Ley 39/2015).

- Actos que ponen fin a la vía administrativa (definitivos en vía administrativa o que causan estado en vía administrativa) y actos que no ponen fin a la misma. Los actos que ponen fin a la vía administrativa agotan la vía administrativa, por lo que pueden ser impugnados directamente ante los tribunales. Con carácter general, son las resoluciones de los recursos de alzada y de los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje que sustituyen al recurso de alzada, las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario, los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento, la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial y la resolución de los procedimientos complementarios en materia sancionadora (artículo 114.1 de la Ley 39/2015). Los actos que no ponen fin a la vía administrativa, en cambio, no cierran la vía administrativa. Hay que presentar recurso administrativo contra ellos para poder luego acudir ante los tribunales.

- Actos firmes y actos que no han ganado firmeza. Actos firmes son los que no se pueden recurrir porque el interesado ha dejado pasar el plazo para hacerlo sin interponer el correspondiente recurso o porque el recurso que se podía interponer se ha desestimado. Actos que no han ganado firmeza son aquellos que todavía se pueden recurrir por estar abierto el plazo para hacerlo o que se han recurrido sin que de momento se haya resuelto la impugnación. La firmeza puede ser en la vía administrativa o en la vía judicial.

- Actos originarios y confirmatorios. Los actos originarios resuelven por primera vez un asunto concreto; los actos confirmatorios reproducen otros actos anteriores sobre el mismo asunto y se caracterizan por que no son recurribles (artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-

administrativa).

- Actos generales, singulares y plúrimos. Actos generales son los que tienen como destinataria a una pluralidad indeterminada de personas. Por ello, deben ser publicados (artículo 45.1.a) de la Ley 39/2015). Actos singulares son los que tienen un destinatario o destinatario concretos. En principio, se notifican y no se publican. Actos plúrimos son grupos de actos singulares que se publican conjuntamente (artículo 36.3 de la Ley 39/2015). Cada uno de los actos singulares que los forman conservan su independencia y se impugnan de manera separada, sin que su anulación afecte necesariamente a los demás.

## **II. ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO: SUJETO, OBJETO, CAUSA, FIN Y FORMA.**

### **1. SUJETO**

Los actos administrativos sólo pueden ser dictados válidamente por la Administración que tenga atribuida la potestad correspondiente, y dentro de ella, por el órgano competente material, territorial y jerárquicamente.

De acuerdo con el artículo 2.3 de la Ley 39/2015, tienen la consideración de Administraciones públicas la Administración general del Estado, las Administraciones de las Comunidades autónomas, las entidades que integran la Administración local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas. Además, pueden dictar actos administrativos la Universidades públicas, las Corporaciones de Derecho público, cuando ejerzan las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración pública, y las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas cuando ejerzan potestades administrativas.

Aspecto fundamental del elemento subjetivo de los actos es la competencia, que se define doctrinalmente como el conjunto de funciones y potestades que el Ordenamiento jurídico atribuye a cada ente o, dentro de éstos, a cada órgano administrativo, y que determina la medida de su capacidad, es decir, lo que puede y lo que no puede hacer en Derecho. De

acuerdo con el artículo 34 de la Ley 39/2015, los actos administrativos que dicten las Administraciones públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose a los requisitos y al procedimiento establecido.

La competencia viene asignada por el Ordenamiento jurídico a cada órgano y, como señala el artículo de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, es irrenunciable y se ejercerá por los órganos administrativos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación.

Se distinguen tres tipos de competencia:

- La competencia territorial, o por razón del territorio.
- La competencia material, o por razón de la materia.
- La competencia jerárquica, o por razón del grado.

En este sentido, el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015 dispone que son nulos de pleno derecho los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. El resto de los actos viciados de incompetencia son anulables, sin perjuicio de que sea posible su convalidación por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado (artículo 52.3 de Ley 39/2015).

Por último, el titular del órgano competente tiene que haber sido válidamente nombrado y estar en el pleno ejercicio de sus funciones. No obstante, sobre la base de los principios de la buena fe y la seguridad jurídica se puede llegar a admitir la validez de actos emitidos por personas en las que no concurre este requisito (funcionarios de hecho).

En el caso de los órganos colegiados, se tienen que haber respetado las reglas sobre constitución y funcionamiento de los mismos. Son nulos de pleno derecho los actos dictados prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (artículo 47.1.e). Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia, los defectos en el nombramiento o los vicios de la voluntad que afecten a miembros concretos de un órgano colegiado sólo invalidan el acto emitido cuando prescindiendo del voto o votos de esas personas variase el resultado de la

votación de la que es producto aquél.

## **2. OBJETO**

El objeto del acto administrativo es el contenido del mismo. Partiendo de la definición de acto administrativo, el objeto de éste es la declaración de voluntad, juicio, conocimiento o deseo en que el acto consiste. La declaración de voluntad puede ir acompañada de elementos accidentales (condición, término o modo), si el acto no es el resultado del ejercicio de una potestad totalmente reglada.

De acuerdo con el artículo 34.2 de la Ley 39/2015, el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el Ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos. Pero, además, el contenido debe cumplir otros dos requisitos:

- Ser posible, pues acto de contenido imposible es nulo de pleno derecho, en virtud del artículo 47.1.c) de la Ley 39/2015.
- Ser lícito, pues el artículo 47.1.d) de la Ley 39/2015 declara que también son nulos de pleno derecho los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal.

## **3. CAUSA Y FIN**

Por causa se entiende la finalidad para la que se dicta el acto. Tendrá que ser siempre un fin de interés público que justifique el ejercicio de la potestad en el caso concreto y habrá de coincidir con el fin típico de dicha potestad. Si no se produce tal coincidencia, nos hallaremos ante un supuesto de desviación de poder.

En este sentido, el artículo 106.2 de la Constitución prevé que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. El artículo 48.1 de la Ley 39/2015 establece que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del Ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y esta última es definida por el artículo 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, como el ejercicio de potestades administrativas

para fines distintos de los fijados por el Ordenamiento jurídico.

La desaparición *a posteriori* de la causa puede provocar la invalidez sobrevenida del acto.

La causa se exterioriza formalmente a través de la motivación del acto. Ciertos actos deben motivarse obligatoriamente, para facilitar el control de los mismos y la defensa de los interesados; en estos casos, la motivación se considera parte del contenido y no de la forma del acto. Según el art. 35.3 de la Ley 39/2015, es necesario motivar con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho los siguientes actos administrativos:

- Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- Los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos y procedimientos de arbitraje y los que declaren su inadmisión.
- Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 56 de la Ley 39/2015.
- Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia, de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias.
- Los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados.
- Los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio.
- Las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial.
- Los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los

que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Además, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.

La relevancia constitucional de este requisito de los actos administrativos y, por tanto, la posibilidad de acceder al recurso de amparo por vulneración del artículo 24 de la Constitución, ha sido analizada por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 2 de su sentencia núm. 17/2009, de 26 de enero, donde se dice:

“En consecuencia, la pretendida vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que se imputa a las resoluciones administrativas impugnadas en amparo ha de ser rechazada, sin que corresponda a este Tribunal pronunciarse sobre la suficiencia o insuficiencia de motivación de dichas resoluciones. Pues, «frente a la regla general, conforme a la cual el deber de motivación de los actos administrativos es un mandato derivado de normas que se mueven en el ámbito de lo que venimos denominando legalidad ordinaria, en determinados supuestos excepcionales tal deber alcanza una dimensión constitucional que lo hace fiscalizable a través del recurso de amparo constitucional. Así ocurre cuando se trate de actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales (SSTC 36/1982, 66/1995 o 128/1997, entre otras). También en relación con actos administrativos que impongan sanciones» (STC 7/1998, de 13 de febrero, FJ 6, cuya doctrina recuerda la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12). No estando en el presente caso ante ninguno de estos supuestos excepcionales (actos administradores sancionadores o limitativos de derechos fundamentales), este Tribunal no puede pronunciarse, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, acerca de si la motivación de la resolución de la CNEAI por remisión al informe del

Comité Asesor correspondiente satisface las exigencias de motivación establecidas por el art. 54.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria que no alcanza dimensión constitucional”.

Es decir, la regla general es que la motivación es una cuestión de legalidad ordinaria y, por tanto, vedado a la jurisdicción constitucional, sin perjuicio de la existencia de casos excepcionales representados por las sanciones administrativas o los actos limitativos de derechos fundamentales.

Finalmente, en cuanto a la eficacia anulatoria que pueda tener el defecto de motivación en los actos administrativos, cabe decir que la finalidad que tiene la motivación de los actos administrativos no es otra que la de exteriorizar las razones de hecho y de derecho en las que se apoya la Administración para la adopción de sus decisiones, consiguiendo con la exteriorización de las mismas que éstas sean conocidas por los interesados y, en caso de no estar conforme con ellas, defenderse de las mismas. Al respecto, la jurisprudencia es unánime a la hora de entender que una motivación es válida cuando es suficiente para cumplir la función antes señalada, no exigiéndose por tanto que la misma deba ser extensa.

#### **4. FORMA**

Dentro de la teoría de los actos administrativos, el término forma cobra dos acepciones:

- La forma como modo de producción de los actos administrativos, esto es, como procedimiento administrativo. Esta acepción tiene una especial relevancia desde el momento en que el procedimiento administrativo es una exigencia consagrada en el artículo 105.c) de la Constitución y porque su observancia se eleva a requisito de validez de los actos administrativos en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, que sanciona con la nulidad de pleno derecho a aquellos actos que se hayan dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.
- La forma como modo de manifestación o exteriorización de los actos



administrativos. Esta segunda acepción está regulada en el artículo 36 de la Ley 39/2015, que prevé que los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia.

En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.

Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto (acto plúrimo), acordado por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.

Respecto del defecto de forma, el artículo 48.2 de la Ley 39/2015 establece que sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. Las irregularidades formales que no reúnan estas características no invalidan el acto administrativo, por lo que se las suele denominar “irregularidades no invalidantes”.

### **III. NOTIFICACIÓN Y PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

La notificación y publicación de los actos administrativos son dos modos de comunicación del contenido de éstos a sus destinatarios. Cuando la notificación o la publicación es legalmente obligatoria, el acto existe y se presume válido, pero no puede hacerse valer frente a sus destinatarios mientras esa comunicación no se produce correctamente en los términos que la ley prevé; así el artículo 39.2 de la Ley 39/2015 declara que la eficacia de los actos administrativos quedará demorada, entre otros supuestos, cuando esté supeditada a su notificación o publicación, y el artículo 97.2 añade que el órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al

particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.

## **1. NOTIFICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

### *- Obligación de notificación, plazo y contenido*

De acuerdo con el artículo 40.1 de la Ley 39/2015, el órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos.

Toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado; este plazo no tiene carácter esencial, por lo que su incumplimiento no tiene consecuencia jurídica alguna. El plazo realmente relevante para la práctica de las notificaciones es el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa al que hace referencia el artículo 21.2 de la Ley 39/2015, que será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento y cuyo incumplimiento determina la producción del silencio administrativo o la caducidad del procedimiento, en los términos establecidos por los artículos 24 y 25 de la Ley 39/2015.

En este sentido, prevé el artículo 40.4 de la Ley 39/2015 que, a los solos efectos de entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado.

Es doctrina legal de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que “basta para entender concluso un procedimiento administrativo dentro del plazo máximo que la ley le asigne, en aplicación del referido artículo 58.4 de la Ley 30/1992, el intento de notificación por cualquier medio legalmente admisible según los términos del artículo 59 de la Ley 30/1992, y que se practique con todas las garantías legales aunque resulte frustrado finalmente, y siempre que quede debida constancia del mismo en el expediente. En relación con la práctica de la notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo, el intento de notificación queda culminado, a los efectos del artículo 58.4 de la Ley 30/1992, en la fecha en que se llevó a cabo” (sentencia de 17 de noviembre de 2003, dictada en el recurso de casación en interés de la Ley núm. 128/2002, rectificada por la

sentencia de 3 de diciembre de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 557/2011).

Las notificaciones deberán contener:

- El texto íntegro de la resolución (lo que incluye, en su caso, la motivación).
- La indicación de si pone fin o no a la vía administrativa.
- La expresión de los recursos que procedan, en su caso, en vía administrativa y judicial, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar, en su caso, cualquier otro que estimen procedente.

Las Administraciones públicas podrán adoptar las medidas que consideren necesarias para la protección de los datos personales que consten en las resoluciones y actos administrativos, cuando éstos tengan por destinatarios a más de un interesado.

*- Preferencia y, en su caso, obligatoriedad de los medios electrónicos de notificación*

Establece el artículo 41.1 de la Ley 39/2015 que las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibirlas por esta vía.

Los interesados que no estén obligados a recibir notificaciones electrónicas podrán decidir y comunicar en cualquier momento a la Administración pública, mediante los modelos normalizados que se establezcan al efecto, que las notificaciones sucesivas se practiquen o dejen de practicarse por medios electrónicos.

De acuerdo con el artículo 14.2 de la Ley 39/2015, están obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones públicas, al menos, los siguientes sujetos:

- Las personas jurídicas.
- Las entidades sin personalidad jurídica.
- Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación

obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones públicas en ejercicio de dicha actividad profesional. En todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles.

- Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración.
- Los empleados de las Administraciones públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración.

Reglamentariamente, las Administraciones podrán establecer la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

No obstante lo anterior, las Administraciones podrán practicar las notificaciones por medios no electrónicos en los siguientes supuestos:

- Cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento.
- Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante.

En ningún caso se efectuarán por medios electrónicos las siguientes notificaciones:

- Aquellas en las que el acto a notificar vaya acompañado de elementos que no sean susceptibles de conversión en formato electrónico.
- Las que contengan medios de pago a favor de los obligados, tales como cheques.

*- Procedimientos iniciados a solicitud del interesado y procedimiento iniciados de oficio*

Según el artículo 41.3 de la Ley 39/2015, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará por el medio señalado al efecto por aquél. Esta notificación será electrónica en los casos en los que exista obligación de relacionarse de esta forma con la Administración, de acuerdo con lo que ya se ha expuesto.

Cuando no fuera posible realizar la notificación de acuerdo con lo señalado en la solicitud, se practicará en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

En los procedimientos iniciados de oficio, el artículo 41.4 de la Ley 39/2015 habilita a las Administraciones públicas, a los solos efectos de su iniciación, para recabar, mediante consulta a las bases de datos del Instituto Nacional de Estadística, los datos sobre el domicilio del interesado recogidos en el Padrón Municipal, remitidos por las entidades locales en aplicación de lo previsto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

*- Requisitos generales de validez*

De acuerdo con el artículo 41.1 de la Ley 39/2015, con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de:

- Su envío o puesta a disposición.
- La recepción o acceso por el interesado o su representante.
- Las fechas y horas de todo lo anterior.
- El contenido íntegro de la notificación.
- La identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma.

La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente, matizando el apartado 7 del artículo 41 que, cuando el interesado fuera notificado por distintos cauces, se tomará como fecha de notificación la de aquélla que se hubiera producido en primer

lugar.

*- Aviso de notificación*

El artículo 41.6 de la Ley 39/2015 prevé que, con independencia de que la notificación se realice en papel o por medios electrónicos, las Administraciones públicas enviarán un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de una notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única. La falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida.

*- Rechazo de la notificación por el interesado o su representante*

Tal como establece el artículo 41.5 de la Ley 39/2015, cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento.

*- Reglas especiales aplicables a la práctica de las notificaciones en papel*

El artículo 42.1 de la Ley 39/2015 dispone que todas las notificaciones que se practiquen en papel deberán ser puestas a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante para que pueda acceder al contenido de las mismas de forma voluntaria. Cuando el interesado accediera al contenido de la notificación en sede electrónica, se le ofrecerá la posibilidad de que el resto de notificaciones se puedan realizar a través de medios electrónicos.

Cuando la notificación se practique en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad.

Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se

repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación.

Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá en la forma prevista en el artículo 44, es decir, a la notificación se realizará a través de un anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Estado*.

Estas disposiciones generales deben completarse con las que el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, establece para las notificaciones por correo, que es el medio de notificación en papel más empleado en la práctica:

- Carácter fehaciente de la notificación (artículo 39). La entrega de notificaciones de órganos administrativos realizada por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal ("Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.") tendrá como efecto la constancia fehaciente de su recepción, sin perjuicio de que los demás operadores realicen este tipo de notificaciones en el ámbito no reservado, cuyos efectos se regirán por las normas de Derecho privado.
- Admisión de notificaciones de órganos administrativos (artículo 40). La admisión de notificaciones por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal requiere que en el envío conste la palabra "Notificación", y, debajo de ella y en caracteres de menor tamaño, el acto a que se refiera (citación, requerimiento, resolución) y la indicación "Expediente núm..." o cualquier otra expresión que identifique el acto a notificar. Estos envíos se acompañarán del documento justificativo de su admisión.
- Disposiciones generales sobre la entrega de notificaciones (artículo 41). Deberá constar la fecha, identidad, número del documento nacional de identidad o del documento que lo sustituya y firma del interesado o persona que pueda hacerse cargo de la notificación en los términos previstos por la legislación del

procedimiento administrativo común, en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, aviso de recibo que acompañe dicha notificación, aviso en el que el empleado del operador postal deberá hacer constar su firma y número de identificación.

- Supuestos de notificaciones con dos intentos de entrega (artículo 42). Si intentada la notificación en el domicilio del interesado, nadie pudiera hacerse cargo de la misma, se hará constar este extremo en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se intentó la misma, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. Si practicado el segundo intento, éste resultase infructuoso por la misma causa o bien por el conocimiento sobrevenido de alguna de las previstas en el artículo 43 del Reglamento, se consignará dicho extremo en la oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se realizó el segundo intento.

Una vez realizados los dos intentos sin éxito, el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal deberá depositar en lista las notificaciones, durante el plazo máximo de un mes, a cuyo fin se procederá a dejar al destinatario aviso de llegada en el correspondiente casillero domiciliario, debiendo constar en el mismo, además de la dependencia y plazo de permanencia en lista de la notificación, las circunstancias expresadas relativas al segundo intento de entrega. Dicho aviso tendrá carácter ordinario.

Si estando en el domicilio la persona que pueda recibir la notificación, se niega a aceptarla y a manifestar por escrito dicha circunstancia con su firma, identificación y fecha en la documentación del empleado del operador postal, se entenderá que no quiere hacerse cargo de la misma, haciéndose constar este extremo en la expresada documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se intentó la misma, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes. Si practicado el segundo intento, éste resultase



infructuoso por la misma causa o bien por el conocimiento sobrevenido de alguna de las previstas en el artículo 43 del Reglamento, se consignará dicho extremo en la oportuna documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, junto con el día y la hora en que se realizó el segundo intento. A partir de este momento, dicha notificación tendrá el mismo tratamiento que las que hubieren sido rehusadas o rechazadas.

En todos estos supuestos, el empleado del operador postal deberá hacer constar su firma y número de identificación en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación y en el aviso de llegada si el mismo procede.

- Supuestos de notificaciones con un intento de entrega (artículo 43). No procederá un segundo intento de entrega en los supuestos siguientes:

- Que la notificación sea rehusada o rechazada por el interesado o su representante, debiendo hacer constar esta circunstancia por escrito con su firma, identificación y fecha, en la documentación del empleado del operador postal.
- Que la notificación tenga una dirección incorrecta.
- Que el destinatario de la notificación sea desconocido.
- Que el destinatario de la notificación haya fallecido.
- Cualquier causa de análoga naturaleza a las expresadas, que haga objetivamente improcedente el segundo intento de entrega.

En estos supuestos, el empleado del operador postal hará constar en la documentación correspondiente la causa de la no entrega, fecha y hora de la misma, circunstancias que se habrán de indicar en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación, aviso en el que dicho empleado del operador postal hará constar su firma y número de identificación.

- Entrega de notificaciones a personas jurídicas y organismos públicos (artículo 44). La entrega de notificaciones a las personas jurídicas se realizará al representante de

éstas, o bien, a un empleado de la misma, mientras que la entrega de notificaciones a organismos públicos se realizará a un empleado de los mismos. En ambos casos se hará constar en la documentación del empleado del operador postal y, en su caso, en el aviso de recibo que acompañe a la notificación, su identidad, firma y fecha de la notificación, estampando, asimismo, el sello de la empresa o del organismo público. Cuando se trate de organismos públicos, las notificaciones podrán entregarse también en el Registro general del organismo, bastando, en este caso, la estampación del correspondiente sello de entrada en los documentos antes citados.

*- Reglas especiales aplicables a la práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos*

Según el artículo 43.1 de la Ley 39/2015, las notificaciones por medios electrónicos se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u organismo. Esto supone que se priva de la condición de medio válido de notificación a cualquier otro medio electrónico que pudiese estar contemplado o admitido por la normativa vigente con anterioridad a la Ley 39/2015.

A los efectos previstos en este artículo, se entiende por comparecencia en la sede electrónica el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación.

Las notificaciones por medios electrónicos se entenderán practicadas en el momento en que se produzca el acceso a su contenido.

Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando hayan transcurrido diez días naturales desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido. Asimismo, se entenderá cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o en la

dirección electrónica habilitada única.

Los interesados podrán acceder a las notificaciones desde el Punto de Acceso General electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso. En este sentido, el artículo 13.a) de la Ley 39/2015 establece como un derecho de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas el derecho a comunicarse con ellas a través de un Punto de Acceso General electrónico de la Administración.

#### *- Notificación infructuosa*

De acuerdo con el artículo 44.1 de la Ley 39/2015, cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el *Boletín Oficial del Estado*.

Asimismo, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la Comunidad autónoma o de la provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del Consulado o Sección Consular de la Embajada correspondiente.

Las Administraciones públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el *Boletín Oficial del Estado*.

#### *- Notificación defectuosa*

De acuerdo con el artículo 40.3 de la Ley 39/2015, las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado 2 del propio artículo, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.

## **2. PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

#### *- Actos que se publican*

Señala el artículo 45.1 de la Ley 39/2015 que los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente.

En todo caso, los actos administrativos serán objeto de publicación, surtiendo ésta los efectos de la notificación, en los siguientes casos:

- Cuando el acto tenga por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas o cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, siendo, en este último caso, adicional a la individualmente realizada.
- Cuando se trate de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el medio donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos.

*- Contenido de la publicación. Publicación defectuosa*

La publicación de un acto deberá contener los mismos elementos que el artículo 40.2 de la Ley 39/2015 exige respecto de las notificaciones. Será también aplicable a la publicación lo establecido en el apartado 3 del mismo artículo, en relación con las notificaciones defectuosas.

En los supuestos de publicaciones de actos que contengan elementos comunes, podrán publicarse de forma conjunta los aspectos coincidentes, especificándose solamente los aspectos individuales de cada acto.

*- Medios de publicación*

La publicación de los actos se realizará en el diario oficial que corresponda, según cuál sea la Administración de la que proceda el acto a notificar. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 39/2015 sobre las notificaciones infructuosas, la publicación de actos y comunicaciones que por disposición legal o reglamentaria deba practicarse en tablón de anuncios o edictos se entenderá cumplida por su publicación en el diario oficial

correspondiente.

- *Indicación de notificaciones y publicaciones*

De acuerdo con el artículo 46 de la Ley 39/2015, si el órgano competente apreciase que la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto y constancia de tal conocimiento.

Adicionalmente y de manera facultativa, las Administraciones podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión que no excluirán la obligación de publicar en el correspondiente diario oficial.

## **BIBLIOGRAFÍA**

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, 26ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, I, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 12**

# **LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS GENERALES. EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.**

## **TEMA 12. LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS GENERALES. EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN.**

### **I. LA EFICACIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS GENERALES**

#### **1. CONCEPTO**

Por eficacia de los actos administrativos se entiende, en sentido amplio, la producción de los efectos propios de cada uno, definiendo derechos y creando obligaciones de forma unilateral. En sentido más limitado, la eficacia se suele referir al tiempo o momento a partir del cual el acto administrativo produce esos efectos. El sistema administrativo español, al igual que ocurre con los sistemas de nuestro entorno más próximo (así, Francia, Alemania e Italia), se caracteriza por que la Administración goza de la potestad de ejecutividad inmediata de sus actos y estos producen efectos jurídicos desde el primer momento. No obstante, conviene también decir que no todos los actos administrativos producen la misma eficacia jurídica. Indudablemente existen, en relación con su eficacia, diferencias entre los actos favorables y los desfavorables o de gravamen, y también es de considerar la existencia de actos que producen efectos frente a terceros ajenos al mismo, por no ser sus destinatarios.

Al margen de estas hipótesis, que distinguen la eficacia de los actos según su contenido o su ámbito subjetivo, la regla general relativa a la eficacia del acto se contiene en el artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y viene caracterizada por los principios generales que se expondrán a continuación.

#### **2. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y EFICACIA INMEDIATA**

De acuerdo con el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

Este artículo establece una presunción de validez *iuris tantum* que traslada al particular afectado por el acto la carga de probar su invalidez a través de la correspondiente impugnación.

Señala la doctrina que para que la presunción opere es necesario que el acto reúna unas condiciones externas mínimas de legitimidad. Quiere esto decir que la presunción de validez que la ley establece no es algo gratuito y carente de fundamento, sino algo que se apoya en una base real que le presta, en principio, una cierta justificación. El acto administrativo se presume legítimo en la medida en que emana de una autoridad que lo es igualmente.

Por tanto, cuando el propio aspecto externo del acto desmienta su procedencia de una autoridad legítima, desaparece el soporte mismo de la presunción legal. Así ocurre cuando tal autoridad es manifiestamente incompetente o cuando demuestra serlo, al ordenar conductas imposibles o delictivas, o al adoptar sus decisiones con total y absoluto olvido de los procedimientos legales. Sucede así que el acto es absoluta y radicalmente nulo (nulidad de pleno derecho) y por ello no es susceptible de producir efecto alguno. Este planteamiento ha sido ratificado por la vigente Ley 39/2015, cuyo artículo 117.2.b) autoriza a suspender los actos nulos de pleno derecho, exceptuando de ese modo la regla general de la eficacia inmediata. En la base de esta determinación legal está, pues, la idea de que la presunción de validez sólo opera a partir de unas condiciones externas mínimas que, por hipótesis, no reúnen los actos nulos de pleno derecho, a los que, en consecuencia, no se puede reconocer eficacia jurídica alguna.

En la práctica, hay que tener en cuenta que la eficacia de un acto es, en definitiva, una cuestión de hecho, y que la propia Administración puede imponer materialmente sus actos, siempre que el acto mismo sea susceptible por sí de producir alguna clase de efectos. Dicho de otro modo, salvo en el supuesto de actos inexistentes (por ejemplo, la multa de tráfico impuesta por un simple particular), todos los demás actos administrativos, aun los afectados de un vicio de nulidad de pleno derecho, pueden ser materialmente eficaces, y esta eficacia material sólo podrá ser destruida por el particular que la soporta utilizando las vías de recurso procedentes.

### **3. EXCEPCIONES A LA EFICACIA INMEDIATA**

A pesar de que el artículo 39.1 de la Ley 39/2015 establece como regla general la eficacia inmediata del acto, ello no está exento de excepciones. El propio artículo 39.1 se refiere al supuesto de que en el mismo acto se disponga *otra cosa*, es decir, que señale la fecha a



partir de la cual va a producir efectos.

Por su parte, el artículo 30.2 hace referencia a los supuestos en que la eficacia del acto administrativo puede quedar demorada: "La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior".

*- Cuando así lo exija el contenido del acto*

Respecto a la demora en la eficacia "cuando así lo exija el contenido del acto", parte de la premisa de la imposibilidad fáctica de la producción de efectos del acto porque éste requiere de un presupuesto material, y ajeno a él, que todavía no se ha cumplido cuando el acto se dicta. No se trata propiamente de una condición, porque no pende la eficacia de un acontecimiento futuro, sino de un puro y simple requisito de aplicabilidad concerniente a algo exterior al acto mismo y, por supuesto, ajeno a la voluntad de la Administración o de los particulares. Podría decirse incluso que el acto, en si mismo, es "eficaz" pero no puede materializarse, por lo que su eficacia permanece en el plano de la pura teoría. Ejemplo de eficacia demorada cuando así lo exija el contenido del acto, como señala García de Enterría, sería la de la orden que un alcalde da a los comerciantes de la localidad de limpiar la nieve de las aceras, que obviamente no produce efecto alguno en tanto no se produzca el fenómeno meteorológico.

*- Cuando la eficacia esté supeditada a la notificación o publicación del acto*

En cuanto al supuesto en que la eficacia del acto esté supeditada a su notificación, ocurre en aquellos casos en que es preciso algo más que el dictado del acto para que despliegue efectos: es necesario que el acto sea notificado en forma o, si así procede, publicado convenientemente, operando tal regla en garantía del ciudadano. El artículo 40.1 de la Ley 39/2015 dispone, con carácter general, que "el órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos". La obligación viene enmarcada, por tanto, objetiva y subjetivamente. Desde el primer punto de vista, la obligación de notificar se refiere primariamente a las resoluciones, esto es, a los actos que ponen fin a un procedimiento, que son los que, por esta razón, afectan directa y frontalmente a los derechos e intereses de su destinatario. La

ley, sin embargo, sujeta también a esta obligación a los demás actos de los que pueda derivar, siquiera indirectamente, una afección semejante, esto es, a los actos de trámite que, por su contenido, incidan en los derechos de defensa del interesado en el procedimiento.

Desde un punto de vista subjetivo, la obligación no alcanza a todos los administrados que tengan una determinada relación con la Administración, sino sólo a aquellos que tengan la condición de interesados en sentido técnico en el procedimiento, a que se refiere el artículo 4.1 de la Ley 39/2015.

El carácter estrictamente formal de la notificación comporta una consecuencia capital: una notificación que no haya sido hecha en debida forma no produce efectos, de lo cual se sigue que la propia resolución notificada tampoco podrá producirlos en contra del interesado, ya que la notificación demora el comienzo de la eficacia del acto. Esta regla general no admite hoy otra excepción que la contenida en el artículo 40.3 de la Ley 39/2015, según el cual las notificaciones que contengan el texto íntegro del acto, pero omitan alguno de los demás requisitos exigidos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda.

La publicación de los actos administrativos no tiene nada en común con la publicación de las disposiciones generales. Como señalan García Enterría y T.R. Fernández “es un puro sucedáneo de la notificación”, con igual trascendencia que ésta respecto del «acto administrativo que tenga por destinatario una pluralidad indeterminada de personas» (artículo 45.1.a) de la Ley 39/2015). La indeterminación previa de los destinatarios del acto y la ausencia de interesados en sentido propio son, pues, los supuestos determinantes de la procedencia de la publicación que no excusa en ningún caso el deber de la Administración de notificar el acuerdo publicado respecto de quienes al comparecer en el procedimiento han salido del anonimato para mostrarse, en definitiva, parte interesada en el expediente.

Debe advertirse, finalmente, que el riguroso sistema descrito está configurado por la ley

exclusivamente como una garantía del administrado y debe ser, en consecuencia, interpretado y aplicado desde esta perspectiva. La falta de notificación (o de publicación, en su caso) en forma demora la eficacia del acto cuando éste es susceptible de producir un perjuicio a su destinatario, pero no en caso contrario. En este sentido, García Enterría observa que el acto favorable no notificado o defectuosamente notificado sí produce los efectos que le son propios.

Por ello tampoco puede decirse que la notificación opere como una condición *sine qua non* de la eficacia del acto; habrá que estar al tipo de acto de que se trate y al significado institucional que el régimen de notificación tiene, para lo que habrá de tenerse en cuenta la abundante jurisprudencia que analiza las relaciones entre notificación y eficacia del acto cuando esta es defectuosa.

- *Cuando la eficacia está supeditada a la aprobación superior del acto*

Otro de los supuestos en que la ley admite la demora de la eficacia es el de la exigencia de “aprobación superior”. Ocurre en aquellos supuestos en los que, si bien el acto se presume válido, para que tenga lugar la producción de sus efectos se precisa la intervención de un órgano distinto al que lo emite, intervención aprobatoria que se produce *a posteriori* y que es diferente de la que se produce cuando se exige autorización –la cual afectaría a la validez del acto, pero no a su eficacia-, dado que la autorización ha de tener lugar antes del nacimiento mismo del acto. Podría decirse que, en este caso, la eficacia del acto sí queda sujeta a una condición suspensiva de aprobación, siendo ésta una manifestación típica de la tutela que unos entes administrativos ejercen sobre otros, cuya exigencia no afecta en absoluto a la perfección ni a la validez del acto inferior.

#### **4. LA RETROACTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

De acuerdo con el artículo 39.3 de la Ley 39/2015, excepcionalmente podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, así como cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha precisado que la regla general es que los actos administrativos sean irretroactivos. Ciertamente existen excepciones, pero ello es únicamente cuando se den los supuestos previstos en la ley, y siempre que los actos sean favorables y no lesionen derechos o intereses legítimos de otras personas. La eficacia retroactiva de los actos favorables está condicionada, además, a que se den los supuestos de hecho necesarios en la fecha a la que se pretenda retrotraer la eficacia del acto.

Como ya señalaba el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de julio de 1989, “si bien la Ley puede establecer la retroactividad (artículo 2.3 del Código civil) es más que dudoso que pueda hacerlo el Reglamento en base a un criterio interpretativo [...]. La consagración del principio de la irretroactividad responde a la finalidad de proteger a los administrados de posibles intromisiones de la Administración en sus esferas o situaciones privativas y por eso sólo se admite la retroactividad cuando se produzcan resultados favorables para los interesados. En igual sentido, el artículo 9.3 de la Constitución española garantiza el principio respecto de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Por ello puede sostenerse el rechazo de la retroactividad *in peius* de los reglamentos por quedar fuera de su ámbito normativo, los cuales sólo pueden lograr eficacia *ex nunc* al quedar, como materia reservada a la ley, la retroactividad normativa”.

El legislador configura la retroactividad de los actos administrativos para supuestos establecidos con carácter excluyente que constituyan situaciones de una acusada singularidad, atribuyendo a la posibilidad de retroactividad verdadero “carácter extraordinario, impregnado de peculiaridad, frente al obrar o proceder normal”, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo.

Se ha planteado la doctrina si el reconocimiento de la eficacia retroactiva constituye o no una potestad discrecional ya que en la dicción de la norma se señala que “podrá otorgarse”, pero la respuesta ha de ser negativa, ya que lo anterior supondría tanto como reconocer a la Administración un ámbito no susceptible de control, cuando lo cierto es que lo que se otorga a la Administración con dicho precepto es una facultad cuyo ejercicio y utilización habrá de promoverse cuando concurren las circunstancias que la habiliten.

## **II. EJECUTIVIDAD Y SUSPENSIÓN**

### **1. EJECUTIVIDAD**

#### *- Concepto*

Dentro del estudio de la teoría de los actos administrativos, hay que poner de manifiesto dos importantes privilegios de la Administración que hacen diferente su posición jurídica de la del resto de los sujetos de Derecho y que determinan su configuración como una persona jurídica superior. A veces se engloban estos dos privilegios en el concepto amplio de "ejecutividad".

Sin embargo, la mayoría de los autores distinguen entre "ejecutividad" y "ejecutoriedad" del acto, y algunos distinguen otro privilegio más: el de la ejecución forzosa.

- El privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos exime a la Administración, a diferencia de lo que sucede con los administrados, de acudir a los Tribunales de Justicia para obtener el reconocimiento de sus derechos o de sus pretensiones, pudiendo declararlos por sí misma (autotutela declarativa). La ejecutividad consiste en la cualidad de los actos administrativos en general, sean de gravamen o no, de crear, modificar o extinguir derechos, o de imponer deberes y obligaciones por sí mismos, es decir, sin necesidad de que otro órgano, o un juez o tribunal, previa o posteriormente, tenga que homologar o controlar la validez de lo declarado. Este privilegio se expresa en el artículo 38 de la Ley 39/2015, según el cual "los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley".

- El privilegio de ejecutoriedad o ejecutividad inmediata de los actos administrativos responde, por su parte, a una idea distinta, a pesar de su proximidad semántica con la ejecutividad. La ejecutividad conlleva como cualidad ínsita el hecho de que, en último término, el acto podrá ser ejecutado coactivamente (si es susceptible de ello por su propia naturaleza), pero sin prejuzgar a qué autoridad compete hacerlo. Así, sería perfectamente concebible que ese poder de ejecución verdaderamente exorbitante residiera exclusivamente en los órganos judiciales, quienes se

encargarían así de materializar, usando legítimamente la fuerza, los títulos ejecutivos creados por la Administración.

Pero el privilegio de la ejecutoriedad, más que referido a los actos, se conecta en el Derecho administrativo con el sujeto que los produce y consiste precisamente en que la Administración puede por sí misma, sin necesidad de obtener autorización o auxilio de los órganos judiciales, ejecutar coactivamente sus actos cuando el obligado no cumple voluntariamente lo ordenado; es decir, la Administración ostenta en virtud de este “privilegio” la facultad de asegurar por sí misma el cumplimiento de la obligación que ella misma creó unilateralmente en virtud del llamado privilegio de la decisión ejecutoria. Como se ve, la ejecutoriedad es un poder añadido al de la ejecutividad y no se confunde con él. Lo recoge el artículo 98.1 de la Ley 39/2015:

“Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que:

- a) Se produzca la suspensión de la ejecución del acto.
  - b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición.
  - c) Una disposición establezca lo contrario.
  - d) Se necesite aprobación o autorización superior”.
- El privilegio de la ejecución forzosa o acción de oficio, que exime a la Administración de recabar la tutela jurisdiccional para imponer la realización forzosa en caso de incumplimiento por parte de los administrados de lo dispuesto en los actos administrativos. Así, de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 39/2015, “las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano

judicial”.

- *Fundamento*

La explicación del fundamento de ese poder es, como puede suponerse, uno de los aspectos más analizados por la doctrina de todos los tiempos. Convencionalmente, podemos clasificar las innumerables explicaciones de los autores en tres grandes grupos:

- Las justificaciones de carácter estructural, basadas en la posición preeminente de la Administración. Así, la idea de poder o *imperium* dotado de autosuficiencia (Anhchutz, Kelsen, Ranelletti); las prerrogativas inherentes a la concepción del derecho administrativo como derecho de la *puissance publique* (Jellinek, Hauriou), o la presunción de que los actos de la Administración son legítimos (Treves, Borsi, Alcindor).
- Las justificaciones basadas en el enlace de la prerrogativa con la consecución de fines de interés público; aquí las incontables posturas en torno a la idea del servicio público (Escuela de Burdeos y sus irradiaciones), las necesidades públicas, los intereses generales, el bien común, etc.
- Los argumentos de orden puramente práctico: la conveniencia de que no se paralice la acción administrativa, la celeridad, la eficacia. Precisamente, en el principio de eficacia (artículo 103.1 de la Constitución) engarza el Tribunal Constitucional “la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración pública” (sentencia 22/1984, de 17 de febrero).

- *Naturaleza jurídica*

La naturaleza jurídica del privilegio de ejecutividad puede determinarse a través de las siguientes características del mismo:

- Tiene carácter apriorístico. Este privilegio significa exclusivamente que la actividad administrativa no se encuentra *a priori* mediatizada por los Tribunales. Ahora bien, otra cosa muy diferente es eximirla de control *a posteriori* por los Tribunales,

exención inadmisible en nuestro derecho por dos razones:

- La formulación constitucional del principio de legalidad administrativa, principalmente en los arts. 9.1, 103.1 y 106.1 de la Constitución. Particularmente, el artículo 106.1 dispone que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa.
  - La existencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que es parte de la jurisdicción ordinaria y está plenamente encuadrado en el Poder judicial, aunque tiene carácter especializado.
- Tiene una naturaleza eminentemente procesal. Como consecuencia de ello, sus efectos fundamentales son:
- Determina una presunción de validez *iuris tantum* en los términos que señala el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, ya examinado. Esta presunción de validez produce una inversión de la carga de la prueba. Es al particular a quien incumbe la demostración de la invalidez del acto.
  - Establece, como regla general, la inadmisibilidad de la suspensión del acto administrativo, lo que nos lleva a conectar el privilegio de la ejecutividad con el de la ejecutoriedad o ejecutividad inmediata del acto, establecido en el artículo 98.1 de la Ley 39/2015, ya examinado, salvo las excepciones previstas en el propio artículo, que en seguida se expondrán.
- Determina un régimen de protección de la posesión específico respecto de la Administración, en los términos del artículo 105 de la Ley 39/2015, según el cual no se admitirán a trámite acciones posesorias contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.
- Finalmente, la Administración, en virtud de este privilegio, no necesita un proceso declarativo para obtener un título ejecutivo.



## **2. SUSPENSIÓN**

### *- Concepto*

El privilegio de la ejecutividad del acto administrativo supone, como regla general, la inadmisibilidad de la suspensión del acto administrativo. Como ya se ha señalado, el artículo 98.1 de la Ley 39/2015 establece que los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos. Este artículo establece como excepciones a esta ejecutividad inmediata:

- Que se produzca la suspensión de la ejecución del acto.
- Que se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición.
- Que una disposición establezca lo contrario.
- Que se necesite aprobación o autorización superior.

La suspensión implica, en cualquier caso, una transitoria paralización de la eficacia de un acto, ya que, si la suspensión fuese indefinida, equivaldría a la extinción del acto, a su eliminación.

Como regla general, la interposición de recursos, administrativos o contencioso-administrativos, no suspende la ejecución de los actos administrativos (artículo 117.1 de la Ley 39/2015). Se trata de evitar con la mencionada regla que la actividad de la Administración, orientada por principio a la satisfacción del interés general, pueda quedar paralizada, en perjuicio del interés público por la simple oposición de un particular. No obstante, la aplicación rígida de este principio podría hacer ilusorio el propio derecho de recurso que reconocen las leyes a todo ciudadano, ya que, en muchos casos, la estimación *a posteriori* del recurso no permitiría reconstruir la situación alterada por el acto recurrido. Por ello y para conseguir un cierto equilibrio entre ambos principios – garantía del interés público y derecho a una defensa efectiva- la ley establece una excepción a la regla general, facultando a la Administración y a los Tribunales, según los casos, para suspender

la ejecución de los actos, aunque lo cierto es que tanto la Administración como los tribunales han venido interpretando esta excepción muy restrictivamente.

Así pues, la suspensión de la eficacia de los actos administrativos puede ser decidida por los órganos jurisdiccionales, por la propia Administración que los dictó o por otra Administración que excepcionalmente tenga encomendadas facultades de tutela o control sobre la primera. Aquí se estudiará el supuesto en que la suspensión es decidida por la Administración que dictó el acto, regulado en el artículo 117 de la Ley 39/2005 en relación con el régimen de los recursos administrativos, aunque hay que tener en cuenta que la suspensión en vía administrativa también se puede producir en los procedimientos de revisión de oficio y de declaración de lesividad de los actos administrativos, de acuerdo con el artículo 108 de la misma ley.

#### *- Órgano competente*

El artículo 117.2 de la Ley 39/2015 atribuye la competencia para acordar la suspensión de los actos impugnados al órgano a quien compete resolver el recurso. En los procedimientos de revisión de oficio y de declaración de lesividad la competencia corresponde al órgano competente para declarar la nulidad o lesividad (artículo 108 de la Ley 39/2015).

#### *- Requisitos*

Para decidir sobre la suspensión, el órgano competente tiene que valorar dos elementos, recogidos en el mencionado artículo 117.2 de la Ley 39/2015:

- Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o bien que la impugnación de acto se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015.
- Ponderar, de manera suficientemente razonada, el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido.

#### *- Procedimiento*

La suspensión puede decidirse de oficio o a solicitud del recurrente. En este último caso, según el artículo 117.3 de la Ley 39/2015, la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien competa resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 21.4, segundo párrafo, de la Ley 39/2015, sobre información a los interesados del plazo máximo establecido para la resolución de los procedimientos y para la notificación de los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

*- Contramedidas cautelares*

El artículo 117.4 de la Ley 39/2015 prevé que, al dictarse el acuerdo de suspensión, podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado.

Asimismo, se añade que, cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente.

*- Duración de la suspensión*

Como ya se ha dicho, la suspensión no puede ser indefinida en el tiempo, extendiéndose en principio sólo a la vía administrativa de recurso o, en su caso, de revisión de oficio o declaración de lesividad. No obstante, el artículo 117.4, párrafo tercero, de la Ley 39/2015 matiza que la suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.

*- Publicación de la suspensión*

Por último, el artículo 117.5 de la Ley 39/2015 establece que, cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en que aquél se insertó.

### **III. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN**

#### **1. EL PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN FORZOSA Y SUS EXCEPCIONES**

Con el nombre de ejecución forzosa o acción de oficio se conoce en nuestro Derecho al privilegio que, como ya hemos apuntado, exime a la Administración de recabar la tutela jurisdiccional para obligar al administrado a la realización de un acto administrativo, en caso de incumplimiento de aquél.

La formulación legal de este privilegio se contiene en el artículo 99 de la Ley 39/2015, a cuyo tenor "las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley, o cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial".

Existen, pues, supuestos excluidos de la ejecución forzosa que pueden enumerarse con arreglo al siguiente criterio clasificatorio:

- Supuestos expresamente contemplados en el artículo 99 de la Ley 39/2015.
- Otros supuestos no mencionados en dicho artículo pero incluibles en él.
- Situaciones especiales por las que atraviesan ciertos actos que son impeditivos de su ejecución forzosa.

La primera excepción contemplada en el artículo 99 hace referencia a "los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la Ley". La fórmula alude a cualquier tipo de suspensión que las leyes puedan contemplar, lo que engloba, lógicamente, tanto la suspensión acordada en vía administrativa (artículo 117 de la Ley 39/2015), ya analizada,

como jurisdiccional (artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

Hay que incluir igualmente los supuestos de suspensión automática contemplados en las leyes, como, por ejemplo, la suspensión de la ejecución de liquidaciones tributarias en el procedimiento económico-administrativo, cuando el recurrente afianza el pago del importe de la deuda.

La otra excepción contenida en dicho artículo tiene lugar “cuando la Constitución o la Ley exijan la intervención de un órgano judicial”. El precepto se refiere a la necesaria inserción, dentro del procedimiento de ejecución, de una intervención judicial llamada a posibilitar la utilización de medios coactivos por la Administración autora del acto, cuando dicha utilización es susceptible de colisionar con derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la entrada en domicilio, que habrá de ser autorizada por órgano jurisdiccional (artículo 100.3 de la Ley 39/2015).

Lo previsto en el artículo 99 ha de completarse con las siguientes exclusiones:

- Los actos administrativos que por su propia naturaleza no son susceptibles de ejecución forzosa; así, los actos que declaran un derecho a favor del destinatario, agotando su eficacia práctica con dicha declaración.
- Los casos en que una ley excluya expresamente la posibilidad de la ejecución forzosa. Tal ocurre, por ejemplo, en el supuesto del artículo 104.2 de la Ley 39/2015, según el cual no cabe la compulsión personal respecto de las obligaciones personalísimas de hacer. Pero la hipótesis que contemplamos se refiere más propiamente a la posibilidad de que una norma impida precisamente a la Administración pública la realización forzosa de actos pertenecientes a determinado sector de actividad, quedando exceptuado para ese sector el privilegio administrativo de la ejecutoriedad, con el consiguiente traspaso de esa función a los órganos judiciales. Se trataría, pues, de actos cuya realización efectiva quedaría vedada a los órganos de la Administración pública.
- Los actos que se producen en las relaciones interadministrativas, ya que las

Administraciones no pueden compelerse entre sí de manera coactiva, salvo que una superior esté ligada a la inferior por relación de dependencia (caso de las entidades instrumentales).

- Las resoluciones sancionadoras, por cuanto éstas sólo son ejecutivas cuando son firmes en vía administrativa. Recogiendo el espíritu de la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia, el artículo 90.3 de la Ley 39/2015 establece que la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado.

Además, aun cuando la resolución sea ejecutiva, se podrá suspender cautelarmente, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa. Dicha suspensión cautelar finalizará cuando:

- Haya transcurrido el plazo legalmente previsto sin que el interesado haya interpuesto recurso contencioso administrativo.
- Habiendo el interesado interpuesto recurso contencioso-administrativo, no se haya solicitado en el mismo trámite la suspensión cautelar de la resolución impugnada o el órgano judicial se pronuncie sobre la suspensión cautelar solicitada, en los términos previstos en ella.
- Relaciones con eficacia demorada por requerir aprobación o autorización superior. Así, el artículo 39.2 de la Ley 39/2015 establece que “la eficacia quedará demorada cuando... esté supeditada a... aprobación superior”, y el artículo 98.1 reitera que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que: [...] d) Se necesite aprobación o autorización superior”. Se trata de actos que, aunque perfectos en sí mismos, precisan para ser eficaces de un acto complementario de órgano superior. En puridad los referidos supuestos no constituyen propiamente excepciones a la ejecución forzosa sino que

hacen referencia a situaciones de los actos impositivos de esa ejecución.

## **2. PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN FORZOSA**

La Ley 39/2015 no regula un verdadero procedimiento de ejecución forzosa de los actos administrativos, sino que establece algunos presupuestos que se deberán cumplir para proceder a esa ejecución, estableciendo, como no podía ser de otra manera, limitaciones a tal privilegio de la Administración.

El primero de ellos se refiere al acto previo de cobertura que legitima la ejecución (título de ejecución) y sin el cual ésta es radicalmente nula (*nulla executio sine titulo*). Así, según el artículo 97.1 de la Ley 39/2015, las Administraciones públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.

Ha de tratarse de una resolución -no de un acto de trámite- finalizadora de un procedimiento, debidamente notificada al obligado (tal como establece el artículo 97.2 de la Ley 39/2015), que explicita con absoluta precisión el alcance exacto de la obligación, requisito sin el cual no podría imputarse incumplimiento alguno al interesado, pues éste no sabría a que atenerse. Esta "decisión ejecutoria" no puede estar incurso en ninguna causa de ineficacia, sea definitiva (caducidad) o temporal (suspensión). Lógicamente, no debe haber sido anulada, pues esta circunstancia dejaría carente de base el ulterior proceso de ejecución. Ahora bien, la ejecución no requiere que esa resolución o título habilitante sea firme, y ni siquiera que haya agotado la vía administrativa, salvo alguna excepción como la contenida en el ya referido artículo 90.3 de la Ley 39/2015 en relación con las resoluciones sancionadoras.

En segundo lugar, es necesario que el interesado haya gozado de un plazo suficiente para la ejecución voluntaria del acto en cuestión, y que dicha obligación se halle incumplida. El artículo 99 señala como requisito el "previo apercibimiento", cuya ausencia de regulación ha suscitado no poca controversia en la doctrina. El apercibimiento constituye la advertencia al interesado de que, si no cumple lo ordenado en un plazo señalado al efecto, se pondrá en marcha determinado procedimiento de ejecución. La ley sólo exige que el obligado haya incumplido, no que sea recalcitrante en el incumplimiento, y por eso

muchos autores señalan que el propio título ejecutivo podrá ya servir como apercibimiento. No obstante, la cuestión es confusa y existe jurisprudencia que deduce la obligación de dar al administrado una segunda oportunidad, requiriéndole separadamente para la ejecución del acto previamente notificado.

Cubiertos estos requisitos, el procedimiento de ejecución podrá iniciarse, bien de oficio o a instancia de tercero interesado en la ejecución del acto.

Hay que señalar que el procedimiento de ejecución puede quedar viciado por:

- Irregularidades que afecten al título ejecutivo, como la ausencia de decisión previa, la cesación de su validez o eficacia, la falta de notificación de la misma o la falta del apercibimiento previo.
- Irregularidades producidas en la fase de ejecución misma (abuso de la fuerza), tales como la discordancia entre la decisión y la ejecución material, la inadecuación de los medios de ejecución o la falta de proporcionalidad.

Algunos de estos vicios pueden convertir la actuación administrativa en pura vía de hecho, lo que facultaría al interesado para reaccionar contra esos ataques directos e ilegítimos sobre sus bienes por esta vía.

### **3. MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA**

#### *- Principios generales*

El artículo 100.1 de la Ley 39/2015 ofrece a las Administraciones públicas el siguiente catálogo de medios de ejecución forzosa:

- Apremio sobre el patrimonio.
- Ejecución subsidiaria.
- Multa coercitiva.
- Compulsión sobre las personas.

Añade el artículo en su apartado 2 que, si fueran varios los medios de ejecución



admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.

Asimismo, su aplicación tiene que venir presidida en todo caso por el respeto del principio de proporcionalidad. En relación con esto último, hay que tener en cuenta que la utilización de estos medios no puede tener carácter sancionador o agravar la obligación inicial del administrado, porque su finalidad es exclusivamente obtener el cumplimiento de aquélla. Cosa distinta es que el incumplimiento de la obligación cuya ejecución forzosa se pretende pueda estar tipificado como infracción administrativa, pero la sanción de ese incumplimiento requerirá la tramitación separada del correspondiente procedimiento sancionador, que es del todo independiente y distinto del procedimiento de ejecución forzosa.

Por último, de acuerdo con el artículo 100.3 de la Ley 39/2015, si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran la autorización de su titular, las Administraciones públicas deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.

#### *- Apremio sobre el patrimonio*

De acuerdo con el artículo 101.1 de la Ley 39/2015, el apremio sobre el patrimonio se prevé para la ejecución forzosa de los actos administrativos que impongan el pago una cantidad líquida de dinero, teniendo en cuenta que, tal como añade el apartado 2 del artículo, no podrá imponerse a los administrados una obligación pecuniaria que no estuviese establecida con arreglo a una norma de rango legal.

Sobre el pago de cantidades líquidas de dinero a la Administración, el artículo 98.2 de la Ley 39/2015 dispone que, cuando de una resolución administrativa, o de cualquier otra forma de finalización del procedimiento administrativo prevista en la ley, nazca una obligación de pago derivada de una sanción pecuniaria, multa o cualquier otro derecho que haya de abonarse a la Hacienda pública, éste se efectuará preferentemente, salvo que se justifique la imposibilidad de hacerlo, utilizando alguno de los medios electrónicos siguientes:

- Tarjeta de crédito y débito.

- Transferencia bancaria.
- Domiciliación bancaria.
- Cualesquiera otros que se autoricen por el órgano competente en materia de Hacienda pública.

La regulación del procedimiento de apremio se encuentra en el Reglamento general de recaudación, aprobado por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio. En primer lugar, hay que proceder a liquidar la cantidad y notificar la liquidación al interesado; si éste no paga en plazo, se emitirá una certificación de descubierto que constituirá el título ejecutivo. El procedimiento de ejecución forzosa no se detiene, salvo pago, garantía, aval bancario o depósito de la cantidad en la Caja general de depósitos. El apremio sobre el patrimonio se realiza mediante el embargo de bienes del deudor en cantidad suficiente para hacer frente al pago. Si para el embargo es necesario entrar en el domicilio del deudor, será necesaria la autorización judicial previa. Los bienes embargados son vendidos en pública subasta y con ello concluye el procedimiento.

#### *- Ejecución subsidiaria*

Como su propio nombre indica, la ejecución subsidiaria consiste en la realización de lo ordenado en el acto administrativo previo por persona distinta del destinatario del mismo y a costa de éste. Así, el artículo 102.2 de la Ley 39/2015 prevé que “en este caso, las Administraciones Públicas realizarán el acto, por sí o a través de las personas que determinen, a costa del obligado”.

La ejecución subsidiaria no impone, por tanto, ninguna carga nueva al destinatario del acto, por lo cual la utilización de este medio de ejecución forzosa no requiere ninguna cobertura legal específica. Basta simplemente la previsión contenida con carácter general en el artículo 102 de la Ley 39/2015. Por su propia naturaleza, la ejecución subsidiaria sólo procede en los casos en que “se trate de actos que por no ser personalísimos pueden ser realizados por sujeto distinto del obligado”, es decir, en relación con obligaciones o prestaciones fungibles, tales como realización de obras, derribo de construcciones, etc.

En tales supuestos, la Administración puede realizar por sí misma las obras o bien

encargar su ejecución a un tercero, bien entendido que los gastos que pueda originar la ejecución, incluidos los daños y perjuicios que eventualmente puedan producirse, corren a cargo del obligado por el acto que se trata de ejecutar, a quien incluso puede exigírsele con carácter cautelar el previo abono de las cantidades previstas, a reserva de la correspondiente liquidación definitiva (artículo 102.4 de la Ley 39/2015).

La ejecución subsidiaria supone pues, en último término, la conversión de la obligación que el acto impone en una deuda pecuniaria, susceptible de ser satisfecha por la vía de apremio (artículo 102.3 de la Ley 39/2015), si el obligado sigue resistiéndose a esta nueva forma de cumplimiento. Cualquier otra resistencia del obligado, sobre quien pesa el deber de tolerar cuantas acciones sean necesarias para llevar a cabo la ejecución, puede ser removida utilizando otro de los medios de ejecución forzosa que prevé la Ley 39/2015, la compulsión sobre las personas.

#### - *Multa coercitiva*

El artículo 103 de la Ley 39/2015 regula la posibilidad de vencer la resistencia de los particulares afectados por un acto administrativo mediante la imposición de multas sucesivas. Estas multas no tienen carácter sancionador, sino que pretenden única y exclusivamente forzar el cumplimiento de lo ordenado. Las multas coercitivas no tienen, pues, nada que ver con las multas-sanción. No son sanciones propiamente dichas y, por tanto, son compatibles con ellas, de modo que no puede hacerse entrar en juego el principio *non bis in idem* (artículo 103.2 de la Ley 39/2015).

Se impone sobre el destinatario del acto que se trata de ejecutar una obligación nueva y distinta de la establecida en dicho acto, por lo que las multas coercitivas no son propiamente un medio de ejecución forzosa, sino, como ya se ha dicho, un medio de vencer la resistencia del administrado a ejecutar por sí mismo el acto. Esto explica que la utilización del sistema de las multas coercitivas exija una cobertura legal específica, que el acto previo a cuyo servicio se establece no proporciona. Así, de acuerdo con el artículo 103.1 de la Ley 39/2015, su imposición requerirá autorización mediante norma con rango de ley, no bastando con la cobertura genérica que proporciona la Ley 39/2015, y esa norma tendrá que determinar la forma y cuantía de las mismas.

Es esencial al sistema la posibilidad de reiterar las multas, así como la observancia del principio de proporcionalidad. No se trata de sancionar la resistencia al cumplimiento de un acto administrativo, sino sólo de remover esa resistencia, forzando la voluntad contraria al mismo. Es, pues, imprescindible ofrecer al obligado tiempo bastante para cumplir lo ordenado antes de imponer una nueva multa (tendrán que ser “reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado”, como establece el artículo 103.1 de la Ley 39/2015) y es también necesario formular cada vez los apercibimientos e intimaciones precisos.

El artículo 103.1 de la Ley 39/2015 señala los supuestos en que, en principio, es posible su imposición y lo hace en unos términos muy amplios, de forma que quedan comprendidos en la enumeración todos los actos posibles, salvo los que imponen a los administrados el pago de cantidades líquidas de dinero:

- Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado.
- Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente.
- Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.

Como es natural, la imposición de multas coercitivas se reconduce también al apremio sobre el patrimonio, ya que, si tales multas no se pagan voluntariamente por el sujeto pasivo de las mismas, la Administración podrá proceder a su exacción por la vía de apremio.

*- Compulsión sobre las personas*

Es éste el último y más radical de los medios de ejecución forzosa previstos en la Ley 39/2015, en cuanto que se traduce pura y simplemente en el empleo de la fuerza sobre las personas, eliminando la libertad de las mismas. Dadas sus características, el empleo de la compulsión sobre las personas como medio de ejecución forzosa de un acto administrativo no procede sino cuando no basten los demás medios de ejecución para asegurar el cumplimiento del acto. Por eso, el artículo 104.1 de la Ley 39/2015 la refiere

exclusivamente a las obligaciones negativas, consistentes en no hacer o soportar algo, y a las obligaciones que consisten en un hacer personalísimo, ya que en todos los demás casos (obligaciones de dar o de hacer no personalísimas) el cumplimiento puede garantizarse por otros medios.

En cualquier caso, se exige un fundamento legal específico (“en los casos en que la ley expresamente lo autorice”) y se establecen unos límites estrictos dentro de los cuales ha de mantenerse necesariamente la actividad de ejecución (“dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución”).

La compulsión directa sobre las personas tiene su campo propio, y prácticamente único, en el ámbito del orden público y en las zonas próximas al mismo. En lo que se refiere a las obligaciones personalísimas de hacer, el empleo de la compulsión directa es, en efecto, posible, pero su eficacia es, obviamente, muy limitada. La propia Ley 39/2015 es consciente de ello, al disponer en el artículo 104.2 que si la obligación personalísima consistiera en hacer y no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa. En este caso, la imposibilidad de cumplimiento *in natura* obliga a convertir la prestación debida en una deuda pecuniaria (cumplimiento por equivalente), que remite en última instancia a la utilización del apremio.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

BARCELONA LLOP, J.: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Ediciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1995.

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, 26ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, I, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 13.**

**NULIDAD DE PLENO DERECHO Y ANULABILIDAD  
DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS IRREGULARES. LA  
CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN Y  
CONVERSIÓN DE LOS ACTOS  
ADMINISTRATIVOS. LOS ERRORES MATERIALES  
O DE HECHO.**

## **TEMA 13. NULIDAD DE PLENO DERECHO Y ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES. LA CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN Y CONVERSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. LOS ERRORES MATERIALES O DE HECHO.**

### **I. NULIDAD DE PLENO DERECHO Y ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

El artículo 103.1 de la Constitución española establece que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y, en lo que ahora nos interesa, con una mención expresa a que lo realiza “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

El proceder irregular de la Administración, esto es, su alejamiento del sometimiento pleno a la ley y al Derecho, puede dar lugar a una invalidez de la actuación administrativa que haya incurrido en dicho exceso, y dentro de ella puede haber diferentes grados. También es posible que esa irregularidad jurídica no tenga una entidad suficiente para producir un efecto anulatorio, dando lugar a la denominada irregularidad no invalidante.

En el Derecho civil, la regla general es que un acto jurídico que vulnera el ordenamiento jurídico es un acto nulo de pleno derecho, si bien también hay espacio para la figura de la anulabilidad. En realidad, en este campo del Derecho el efecto es igual, en esencia, a la expulsión del acto del mundo jurídico. La diferencia es quien puede instar la declaración de invalidez. Así, la anulabilidad aparece cuando el incorrecto proceder deriva de un vicio en el consentimiento o en la capacidad. En este caso, es aquel cuyo consentimiento se erigió en contra de lo dispuesto en el Código civil o actuó sin capacidad, el que puede instar la invalidez del negocio, mientras que en el resto de las vulneraciones jurídicas la nulidad la puede instar cualquier interesado.

En el Derecho administrativo, por su parte, y dada la operatividad de principios como el del antiformalismo, conservación o economía procedimental y procesal, las irregularidades

pueden alcanzar tres niveles: nulidad de pleno derecho, anulabilidad y mera irregularidad no invalidante.

Antes de entrar en la distinción de las tres figuras aludidas, es necesario recordar alguno de los presupuestos inherentes a la concepción esencial de los actos administrativos.

El artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, recoge un apriorismo que es necesario destacar: los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

Esta presunción legal de validez supone que mientras no se declare, sea por la propia Administración o por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos, la irregularidad de un acto administrativo, éste opera en el mundo jurídico. Recordamos que dentro de esos efectos están el de ejecutividad de los actos administrativos, efecto en virtud del cual los actos producen efectos desde que se dictan, y el de ejecutoriedad, que implica que la Administración puede llevar a término esos efectos por sus propios medios.

Ahora bien, para impedir el despliegue de estos efectos el interesado tiene diferentes medios, como son, por supuesto, los recursos administrativos y el ulterior recurso contencioso-administrativo, pero también la posibilidad de, mientras ese pronunciamiento de invalidez no llega, solicitar la adopción de medidas cautelares, como la de suspensión de los efectos de la actuación administrativa, tanto en la fase administrativa como en la judicial.

Decíamos antes que en el campo de las irregularidades del derecho administrativo se suele distinguir entre la nulidad de pleno derecho, la anulabilidad y las irregularidades no invalidantes.

Antes de entrar en el análisis de cada una de ellas, debemos añadir que hay autores que también citan otra categoría más, la de acto inexistente, si bien no es una postura pacífica. Para los que aluden a esta figura, su aparición surge cuando los vicios de un acto son de tal entidad que ni siquiera se puede percibir la existencia de un acto administrativo, puesto que



no tiene la mínima apariencia de tal. Los autores que recogen esta categoría la refieren para casos en los que el acto, más que inválido, ya ni es acto. Para otros autores, si no hay acto, más que acto inexistente habría inexistencia de acto, o bien estaríamos ya ante una nulidad de pleno derecho.

## **2. CARACTERES DE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO**

La nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta es el supuesto máximo de invalidez; por ello esta figura debe ser aplicada con prudencia, pues también son máximas sus consecuencias. Sus notas son la imprescriptibilidad del acto nulo de pleno derecho, la retroacción de los efectos y la imposibilidad de convalidación o conversión. La nulidad debe ser aplicada restrictivamente por los órganos judiciales, tal y como recoge la doctrina del Tribunal Supremo, por ejemplo en la sentencia de 25 de abril de 2002.

Como avanzábamos, la nulidad absoluta comporta una serie de consecuencias, como es la ineficacia inmediata del acto a todos los efectos (*erga omnes*) y la imposibilidad de sanear el acto por confirmación o prescripción. El carácter *erga omnes* de la nulidad absoluta significa que es susceptible de oponerse o tenerse en cuenta contra y a favor de cualquiera. Cualquier persona puede instar la nulidad y, sin que haya petición de parte, el juez puede y ha de apreciarla por su propia iniciativa y en cualquier momento, porque la acción de nulidad absoluta no se extingue ni por caducidad ni por prescripción.

De todas formas, el hecho de que la nulidad de pleno derecho se pueda hacer valer en cualquier momento no significa que no haya que utilizar para ello los procedimientos previstos para lograr ese fin, sea en la Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, sea en la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. De todas formas, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad se pone de manifiesto en la siempre última posibilidad de que el interesado inste, en cualquier momento, la petición de revisión de oficio del artículo 106 de la Ley 39/2015 y, ante su desestimación expresa o presunta, acuda a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

### **3. CARACTERES DE LA ANULABILIDAD**

En cambio, en la nulidad relativa o anulabilidad el afectado puede pedir la declaración de nulidad dentro de un plazo determinado, pasado el cual, si no hay reacción, el acto se saneará y el vicio de nulidad desaparecerá. Es decir, la falta de ejercicio de la acción de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien pueda ejercitarla tienen por efecto sanear el acto viciado. El vicio es, asimismo, susceptible de convalidación por el autor del acto antes de que transcurra el plazo de impugnación, con el simple hecho de subsanar la infracción legal cometida.

Para la doctrina, la interposición de un recurso contra el acto administrativo nulo, dentro de los plazos legalmente previstos, no tiene, sin embargo, el mismo sentido que la impugnación de los actos administrativos anulables. La impugnación de estos últimos es una carga del particular afectado por aquellos, un comportamiento que ha de adoptar si quiere evitar la convalidación del acto anulable. En los actos nulos, en cambio, la carga de la impugnación se refiere únicamente al problema de la eficacia, en cuanto a comportamiento que ha de adoptar el particular afectado si quiere evitar los efectos inmediatos del acto administrativo nulo. En este caso, la impugnación no tiene nada que ver con la validez del acto nulo, el cual seguirá siendo inválido por él mismo, dada la imposibilidad de convalidación de la nulidad absoluta por consentimiento o por cualquier otro medio. En otras palabras, si no se recurre el acto nulo en el plazo previsto, el acto producirá sus efectos, pero no se convertirá en un acto válido y la nulidad inicial podrá ser declarada en cualquier momento posterior, por ejemplo, a través de la técnica de la revisión de los actos administrativos (artículo 106.1 de la Ley 39/2015), como ya se ha dicho.

### **4. DIFERENCIAS ENTRE LA NULIDAD DE PLENO DERECHO Y LA ANULABILIDAD**

En definitiva, entre la nulidad absoluta y la relativa o anulabilidad podemos trazar, al menos, las siguientes diferencias:

- La nulidad absoluta puede hacerse valer en cualquier tiempo y momento, y la relativa sólo en los tiempos preclusivos establecidos por la ley para su impugnación o revisión.

- Los efectos de la nulidad de pleno derecho son *ex tunc*, se retrotraen al momento en que se dictó el acto, y los de la anulabilidad son *ex nunc*, desde que se declara por la autoridad administrativa o judicial.
- Los actos nulos no son convalidables, ni se subsanan por el transcurso del tiempo, posibilidades abiertas para los actos anulables.

## **5. SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO**

### *- Actos administrativos*

El artículo 47.1 de la Ley 39/2015 establece que son nulos de pleno derecho los siguientes actos de las Administraciones públicas:

- a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

La nulidad radical se reserva tan sólo para los actos que lesionen los derechos y libertades contenidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución, y la objeción de conciencia del artículo 30.

- b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

El carácter manifiesto exige que sea notorio, evidente y aparezca de manera clara, sin que exija esfuerzo dialéctico alguno su comprobación por saltar a primera vista, aunque para órganos consultivos como el Consejo de Estado, la incompetencia manifiesta no es sólo la que aparece de un modo claro y patente, sino también la incompetencia grave que afecta al orden público que, por esa razón, se presenta con carácter de evidencia.

La regulación que se efectúa respecto a los actos dictados por órgano manifiestamente incompetente excluye el supuesto de la incompetencia por razón de la jerarquía, ya que en este caso siempre cabría la posibilidad de convalidación del acto administrativo. En efecto, la incompetencia jerárquica no produce la nulidad radical del acto dictado, y

ello porque en estos casos es posible la convalidación del acto por el superior jerárquico del órgano que lo dictó (artículo 52.3 de la Ley 39/2015).

c) Los que tengan un contenido imposible.

La imposibilidad comprende la falta de sustrato personal, como sería, por ejemplo, el nombramiento como funcionario en favor de una persona fallecida y/o la falta de sustrato material, cuando la ejecución de lo que el acto impone es material o técnicamente imposible. Sin embargo, no comprende la imposibilidad legal pues ello llevaría a considerar como nulo de pleno derecho todo acto administrativo contrario al Ordenamiento jurídico. Según la doctrina, la imposibilidad ha de ser originaria, puesto que si después de dictado el acto éste deviene imposible, hablamos de un problema de eficacia, no de validez.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

Se hace referencia a las infracciones que puedan cometer la autoridad o el funcionario con motivo de la emanación de un acto administrativo. Uno de los principales problemas que se han planteado respecto a este tipo de actos es determinar si la declaración de nulidad puede hacerse directamente por el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo o es necesario que, como cuestión prejudicial, se pronuncie sentencia condenatoria previa por los órganos de la jurisdicción penal. La solución generalmente admitida, sobre la base del artículo 10 de la Ley orgánica del Poder judicial, es que tiene que haber una sentencia penal condenatoria por delito o falta, aunque admitiendo algunos supuestos de excepción, como cuando el autor del delito fallezca antes de que se dicte la sentencia.

Por otro lado, es oportuno diferenciar todos los supuestos de nulidad de pleno derecho que recoge el artículo 47.1 de la Ley 39/2015 de los que constituirían la comisión de un delito de prevaricación, por haberse dictado en un asunto administrativo una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia (artículo 404 del Código penal). La

declaración de nulidad de un acto según el artículo 47.1 no implica, con carácter general, que se hubiera producido un hecho delictivo. Así, la jurisprudencia entiende que la prevaricación va más allá de la mera aparición de un supuesto de nulidad de pleno derecho.

e) (primer inciso) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido.

En este supuesto se han de comprender no sólo los casos en que efectivamente se ha prescindido absolutamente de todo procedimiento, sino también aquellos supuestos en que la Administración ha observado un procedimiento, pero no el concreto procedimiento establecido por la ley para ese supuesto, o cuando se emplea el procedimiento legalmente establecido pero se omiten trámites sustanciales del mismo.

La sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000, en su fundamento de derecho segundo, recoge los requisitos para declarar la nulidad por estos supuestos: "En primer lugar, respecto de la invocación de las normas del procedimiento legalmente establecido, con fundamento en el artículo 62.1.e) de la Ley 4/1999, la jurisprudencia establece que, para declarar la nulidad en la omisión del procedimiento legalmente establecido, han de concurrir los requisitos, como sostiene la Sentencia de 15 de octubre de 1997 de esta sala y jurisprudencia precedente (desde la Sentencia de 21 de marzo de 1988), de que la citada infracción ha de ser clara, manifiesta y ostensible, lo que supone que dentro del supuesto legal de nulidad se comprendan los casos de ausencia total del trámite o de seguir un procedimiento distinto".

e) (segundo inciso) Los dictados prescindiendo de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Como reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, la jurisprudencia ha venido considerando las reglas sobre composición del órgano, convocatoria y determinación del orden del día, quórum de asistencia y votación, hoy

recogidas con carácter básico en el artículo 17 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

Se requiere que el requisito del que se carezca sea esencial, es decir, que falten los más elementales supuestos para la adquisición del derecho. También es necesario que del acto presunto nazcan facultades o derechos, no siendo aplicable este precepto a aquellos actos que únicamente remuevan algún obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente. Así, este apartado recoge aquellos supuestos en que el administrado, por consecuencia de actos expresos o por el juego del silencio, adquiere derechos. Normalmente aparece cuando entra en juego la figura del silencio administrativo positivo.

En la jurisprudencia ha habido un debate sobre qué se debe entender por “requisitos esenciales para su adquisición”, mencionado en este apartado. Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 6 de mayo de 2003, explica: “De esta argumentación se deduce tácitamente que la Administración impugnante trata de reconducir el caso que es objeto de examen al supuesto de acto nulo regulado en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, a tenor del cual son nulos los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. El término clave para comprender el alcance de este supuesto es «esenciales», ya que pone de relieve que el legislador no predica la nulidad de cualquier acto administrativo que resulte contrario al ordenamiento jurídico, sino sólo de aquellos en los que de modo manifiesto y flagrante el administrado carece de todo presupuesto para el reconocimiento de un derecho. Esta interpretación del citado artículo 62.1.f) es acorde con el resto de supuestos de nulidad que menciona el mismo artículo 62, pues en ellos se evidencia que sólo los actos que incurren en los más

graves vicios procedimentales o de fondo se consideran nulos (en concreto, los que lesionan el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o territorio; los que tengan un contenido imposible; los que sean constitutivos de infracción penitenciaria o se dicten como consecuencia de esta; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados). En los demás casos, la calificación que corresponde al acto administrativo contrario a la ley es la de actos anulables, tal como señala el artículo 63.1 de la misma Ley 30/1992”.

Dado que hoy en día la jurisprudencia es resistente a reconocer la posibilidad de enervar la aparición del silencio positivo con base en la alegación de que daría un resultado *contra legem*, la Administración, para expulsar el efecto producido por el silencio positivo, suele acudir a este apartado para fundamentar el expediente de revisión de oficio contra el mismo.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que esa referencia deba estar contenida en una norma con rango de ley, no reglamentaria o inferior. Cabe mencionar, a modo de ejemplo, que la propia Ley 39/2015 prevé en su artículo 37.2 que son nulas las resoluciones administrativas que vulneren lo establecido en una disposición reglamentaria, es decir, que se dicten en violación del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos que recoge el apartado 1 del precepto.

#### *- Disposiciones administrativas de carácter general*

A los supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos añade el artículo 47.2 de la Ley 39/2015 el de las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias

reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

La posibilidad de impugnar una disposición de carácter general por este motivo está abierta a todo legitimado y se puede efectuar de forma directa o de forma indirecta a través de un acto de aplicación de la disposición general. También cabe la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general, si bien en este caso no cabe ser instada a instancia de parte.

Los efectos de una declaración judicial de una disposición de carácter general están recogidos en los artículos 72 y 73 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que disponen que la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Asimismo, las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que fue publicada la disposición anulada. No obstante, las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

## **6. SUPUESTOS DE ANULABILIDAD**

*- La anulabilidad como sanción general aplicable a los actos administrativos viciados*

La Ley 39/2015 establece la anulabilidad como la regla general, al decir en su artículo 48.1 que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Se recogen en este artículo los supuestos de anulabilidad de los actos administrativos, con una declaración de carácter general de que, en principio, la contravención del Ordenamiento jurídico causa una invalidez calificable como de anulabilidad. Después se recogen dos menciones específicas, una referida a que los defectos de forma sólo dan lugar a la invalidez



por anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados, y otra, donde se establece que tal efecto sólo aparece en las actuaciones extemporáneas cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, esto es, cuando el incumplimiento de esa temporalidad lleve aparejada esta invalidez. Si no se dan esas condiciones mencionadas, la extemporaneidad y el defecto de forma se incluirían en casos de irregularidades no invalidantes.

Según el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de julio de 1992, “la teoría de la nulidad de los actos administrativos ha de aplicarse con parsimonia, siendo necesario ponderar siempre el efecto que produjo la causa determinante de la invalidez y las consecuencias distintas que se hubieran seguido del correcto procedimiento rector de las actuaciones que se declararon nulas y, por supuesto, de la retroacción de éstas para que se subsanen las irregularidades detectadas [...] En el caso de autos, tratándose, como la sala sentenciadora razonó, no de que se hubiera prescindido totalmente del procedimiento establecido al efecto, sino tan sólo del trámite de audiencia del interesado, exclusivamente se incidiría en la de simple anulabilidad del artículo 48.2, y ello sólo en el supuesto de que de la omisión se siguiera indefensión para el administrado, condición ésta que comporta la necesidad de comprobar si la indefensión se produjo, pero siempre en función de un elemental principio de economía procesal implícitamente, al menos, potenciado por el artículo 24 de la CE, prohibitivo de que en el proceso judicial se produzcan dilaciones indebidas, adverando si, retrotrayendo el procedimiento al momento en que el defecto se produjo a fin de reproducir adecuadamente el trámite omitido o irregularmente efectuado, el resultado de ello no sería distinto del que se produjo cuando en la causa de anulabilidad del acto la Administración creadora del mismo hubiera incurrido”.

#### *- La desviación de poder*

La desviación de poder supone un acto ajustado a la legalidad intrínseca, pero con vicio de nulidad por no responder en su motivación interna al sentido teleológico de la actividad administrativa orientada a la promoción del interés público. Actualmente existe una definición normativa de la desviación de poder en el artículo 70.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción

contencioso-administrativa, que señala que “se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico”.

Tal como expresa el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su sentencia de 16 de junio de 2003, conforme a una jurisprudencia muy constante, recogida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León en su sentencia de 11 de julio de 2002, que cita de ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1993 y de 23 de octubre de 1996, se ha exigido para apreciar la desviación de poder “un ánimo predeterminado” de utilizar la potestad para fines distintos de los que la norma le asigna, fines que pueden ser públicos o privados pero, en todo caso, “diferentes de los considerados expresa o tácitamente por la norma habilitante de la potestad para otorgarla, de suerte que se produzca una divergencia entre éstos y los realmente perseguidos”. La esencia de la desviación de poder está precisamente ahí, en que la potestad se ejerce con la intención de servir a un fin distinto al que la legitima y que es la causa o razón del acto.

Respecto de la prueba, que compete a quien invoca esa desviación de poder, según reiterada jurisprudencia, que refleja la evolución en la materia, una vez superada la etapa en que se imponía una demostración concluyente y rigurosa, a partir del año 1982 se han ido asentando los siguientes principios:

- La prueba de la desviación de poder no puede ser plena, es decir, que la divergencia de los fines nunca será evidenciada por el acto.
- Basta la existencia de una prueba suficiente, puesto que si, como hemos dicho, la desviación nunca será evidenciada por el acto, de tal forma que no derivará de la constatación, sino de la convicción, bastará con aportar datos y hechos o elementos de comprobación capaces de crear, mediante un juicio comparativo entre el interés público señalado por la norma y el fin perseguido con los actos impugnados, la razonable convicción del Tribunal de que se ha producido la desviación de poder.
- El Tribunal Supremo concibe este nuevo criterio sobre la prueba como algo derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, constitucionalmente reconocido.

- En la sentencia del Alto Tribunal de 22 de diciembre de 2002 se apunta además que “siendo genéricamente grave la dificultad de una prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones que exigen unos datos completamente acreditados al amparo del artículo 1.249 del Código civil, con un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano y a tenor del artículo 1.253 del Código civil, se derive en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma la existencia de tal desviación, como reconoce, entre otras, la Sentencia de 10 de octubre de 1987”.

- *Defectos formales. Doctrina general*

Respecto de los defectos formales, hay que recordar la postura jurisprudencial de que los defectos de forma sólo pueden suponer la anulabilidad de un acto administrativo si con ellos se causara indefensión real e efectiva que el recurrente debería de demostrar.

Según la jurisprudencia, “los trámites han de ser entendidos como garantía para los administrados y en esta vía jurisdiccional para propiciar el acierto en las decisiones, pero nunca deben ser instrumentalizados como hitos formales para obstaculizar el procedimiento y su resolución, siendo doctrina jurisprudencial la que, basándose en el principio de economía procesal, advierte sobre la improcedencia de declarar nulidades cuando el nuevo acto que se dicte una vez subsanado el posible defecto formal haya de ser idéntico en sentido material al anterior [...] pues en la esfera administrativa ha de ser tratada la nulidad de actuaciones con mucha ponderación y medida, y especialmente cuando no existe indefensión para los interesados, indefensión que, en todo caso, habría de ser real y efectiva y no meramente aparental” (sentencia del Tribunal Supremo de 14 junio de 1993).

En términos de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1992, “en materia de nulidades en derecho administrativo, la eficacia anulatoria de los vicios de forma debe verse restringida y subordinada siempre a la posibilidad de enjuiciamiento del fondo del asunto que es, sustancial e institucionalmente, la función propia del proceso y la misma primaria de la jurisdicción”, a lo que añade la sentencia de 15 de abril de 1996 que “no todos los vicios o infracciones cometidos en la tramitación de un procedimiento administrativo tienen entidad

jurídica suficiente para amparar una pretensión anulatoria por causa formal, dado que sólo los defectos muy graves que impidan al acto final alcanzar su fin o que produzcan indefensión de los interesados podrán determinar la anulabilidad, constituyendo ésta una doctrina jurisprudencial que ha ido reduciendo progresivamente los vicios de forma determinante de invalidez para limitarlos a aquellos que suponen una disminución efectiva, real y trascendente de garantías”.

La sentencia de 6 de junio de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, alude a esto explicando que “con relación a los defectos de forma, conviene señalar que la doctrina del Tribunal Supremo se pronuncia con carácter general en el sentido de que «no todo defecto de forma, aunque existiese, lleva necesariamente a la nulidad de las actuaciones y a la reposición del expediente al momento en que se cometieron: para que esto se produzca es preciso que esa defectuosa actuación haya sido causa de indefensión del sancionado» (STS de 11 de julio de 1998). Como también declara la Sentencia del mismo Alto Tribunal, de 27 de diciembre de 1990, «el derecho administrativo, en principio, se ha decidido por un antiformalismo ponderado que, sin merma ni quiebra de la legalidad, permita el desarrollo de la actuación administrativa conforme a normas y principios de celeridad y eficacia, hasta el punto de que al vicio de forma o procedimiento no se le reconoce ni tan siquiera virtud invalidante de segundo grado, anulabilidad, más que en aquellos casos excepcionales para alcanzar su fin, se dicte fuera del plazo, cuando éste tenga un valor esencial, o se produzca una situación de indefensión, supuestos todos que acreditan que dicho vicio, carente de fuerza en sí mismo y de naturaleza estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha provocado una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia indefensión»”.

En la misma línea, la jurisprudencia considera que “en virtud del principio de economía procesal, debe evitarse la declaración de nulidad cuando con ello no se consiguiera un efecto práctico por ser racionalmente previsible que, retraídas las actuaciones al momento en que se cometió la infracción formal, el proceso iba a concluir con una resolución idéntica a la

dictada” (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1990).

*- Defectos formales con trascendencia anulatoria*

Se han considerado defectos formales con trascendencia anulatoria, siempre que lleven aparejada esa indefensión efectiva, la falta de motivación del acto y la falta de audiencia del interesado.

Respecto de la falta de motivación, hay que recordar que el artículo 35.1 de la Ley 39/2015 sólo exige una motivación sucinta. Como dice la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2000, sólo cabe la anulación por la absoluta falta de motivación: “toda vez que la falta de motivación suficiente que constituye vulneración del artículo 24.1 de la CE por infracción del derecho fundamental de tutela judicial efectiva es preciso que sea total, de forma que el interesado desconozca la causa o motivo de la misma, lo que no procede entenderse en modo alguno producido en el caso de autos, en que la motivación es clara y suficiente”.

En cuanto a la falta de audiencia, se ha excluido la indefensión en los casos en que el interesado ha tenido la posibilidad de interponer los recursos pertinentes, con lo que la falta de audiencia alegada se estima corregida.

También se ha otorgado trascendencia anulatoria, en relación con la finalidad del acto, a la omisión de informes preceptivos.

En relación con la infracción con trascendencia anulatoria de términos o plazos, se ha vinculado a los plazos de ejercicio de potestades administrativas en los casos en que el término o plazo actúa como límite al ejercicio de la potestad (como plazos de prescripción de infracciones y sanciones administrativas o de caducidad, etc.).

*- Sanación de los actos anulables*

Los actos anulables, a diferencia de los actos nulos, pueden ser sanados:

- Dejando transcurrir el plazo preclusivo para impugnar el acto viciado sin hacerlo. En

el caso del particular, tendrá que transcurrir el plazo establecido para interponer el recurso administrativo de alzada, si el acto no pone fin a la vía administrativa, o el recurso contencioso-administrativo, si el acto pone fin a la vía administrativa; y en el caso de la Administración, se tratará del transcurso del plazo para declarar la lesividad del acto administrativo que, en virtud del artículo 107.2 de la Ley 39/2015, es de cuatro años desde que se dictó aquél.

- Por convalidación en sentido propio, es decir, subsanando los defectos de que adolezca el acto, a lo que se hará referencia más adelante.

## **II. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS IRREGULARES**

La Ley 39/2015 no menciona como tal la irregularidad no invalidante, pero se puede llegar a determinar su marco definiendo su espacio como aquel donde no entra en juego la anulabilidad ni, por supuesto, la nulidad de pleno derecho.

En efecto, dentro de las irregularidades no invalidantes, y sobre la base de lo recogido en el artículo 48 de la Ley 39/2015, hay que entender comprendidos los defectos de forma, excepto en aquellos casos en los que, según el apartado 2 del artículo citado, determinan la anulabilidad del acto (cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin y cuando dé lugar a la indefensión de los interesados). También son irregularidades no invalidantes la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido, salvo en aquellos casos donde la anulabilidad la imponga la naturaleza del término o plazo.

Ahora bien, el hecho de que este tipo de irregularidades pueden no tener efecto invalidante no es impedimento para que pueda dar lugar a responsabilidad del personal al servicio de la Administración. En este sentido, el artículo 71.3 de la Ley 39/2015 establece que las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función serán responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos.

Por último, un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos donde quepa trazar una relación directa de causalidad con perjuicios a ciudadanos haría aflorar la posibilidad de exigir la responsabilidad de la Administración.

### **III. LA CONVALIDACIÓN, CONSERVACIÓN Y CONVERSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

#### **1. LÍMITES A LA EXTENSIÓN DE LA NULIDAD O ANULABILIDAD DE LOS ACTOS**

El artículo 49 de la Ley 39/2015 impone límites a la extensión de la nulidad o anulabilidad de los actos administrativos. Así, la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero, y la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.

El establecimiento de este principio tiene relación con la aplicación de la presunción de validez de todos los actos administrativos, así como con el principio *favor acti*, es decir, de la conservación de los actos administrativos. Está fundamentado en los principios de eficacia, economía y celeridad que deben regir la actuación de las administraciones públicas.

El segundo supuesto que se regula en este artículo es el de la invalidez parcial del acto administrativo, que no llevará consigo la nulidad de todo el acto administrativo si existen partes de este, independientes, que se dictaran sin la existencia de la parte anulada.

Para proceder a la aplicación de este artículo hace falta que el acto administrativo tenga partes perfectamente diferenciadas, es decir, con sustantividad propia, y que, además, se proceda a un análisis de las partes no anuladas para determinar que estas se habrían dictado aunque no existiera el acto anulado.

#### **2. CONVERSIÓN DE ACTOS VICIADOS**

La conversión de los actos administrativos inválidos coincide con la convalidación en constituir

ambas técnicas manifestaciones del principio de conservación del negocio jurídico. Pero discrepa de ésta en que, mientras que la convalidación se aplica sólo a los actos anulables, la conversión entra en juego también respecto de los actos nulos de pleno derecho.

Así, el artículo 50 de la Ley 39/2015 dispone que los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.

Esta norma es, como la recogida en el artículo anterior, una manifestación del principio *favor acti*, es decir, una actuación del principio de conservación de los actos administrativos. El acto nulo o anulable dejará de producir sus efectos y, en el supuesto de cumplir los requisitos de la conversión, ocasionará los efectos del acto en que se convirtiera. Se intenta con esta figura, además del señalado anteriormente, aminorar las consecuencias perjudiciales que la nulidad de un acto puede tener respecto a terceros que no fueron causantes de los motivos de nulidad.

### **3. CONSERVACIÓN DE ACTOS Y TRÁMITES**

Por su parte, de acuerdo con el artículo 51 de la Ley 39/2015, el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

La regulación de este artículo está fundamentada también en el principio *favor acti*, así como en los principios de eficacia, economía y celeridad que deben regir la actuación administrativa. Es un artículo que complementa lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 39/2015, ya que aquí el órgano que declara la nulidad de actuaciones deberá determinar expresamente la conservación de los actos y trámites no afectados por la nulidad de acto viciado. Cabe la posibilidad de que esta declaración sea realizada de oficio por la Administración, o sea solicitada por el interesado en el procedimiento administrativo.

### **4. CONVALIDACIÓN**

Como antes se ha dicho, los actos anulables, a diferencia de los actos nulos, pueden ser



sanados por convalidación en sentido propio. Según el artículo 52 de la Ley 39/2015, la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 para la retroactividad de los actos administrativos. Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado, mientras que si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.

La doctrina discute si es posible que se efectúe la convalidación por un acto, además de expreso, tácito o presunto. Es prácticamente unánime la postura de entender que no cabe la convalidación por medio de un acto presunto, es decir, no se puede entender producida por medio de silencio administrativo.

Según el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por ejemplo, en su sentencia de 29 de junio de 2005, “tras la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sólo la incompetencia manifiesta objetiva por razón de la materia y la territorial pueden dar lugar a la nulidad de pleno derecho (artículo 62.1. b), no la jerárquica o de grado, ya que en este último caso se trata de mera anulabilidad (artículo 63), en congruencia con lo cual el artículo 67.3 de la Ley 30/1992 permite la convalidación. Por tanto, cuando el vicio apreciado afecta a la incompetencia jerárquica, cabe acudir al artículo 67.3 de la Ley 30/1992, según el cual, si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

De este último precepto se desprende que para que la convalidación del vicio de incompetencia jerárquica pueda operar es imprescindible que sea llevada a cabo por el superior jerárquico del que dictó el acto viciado, de modo que, siendo la facultad de convalidación específica de dicho superior jerárquico, no puede delegarla a favor del mismo órgano que dictó el acto viciado para que sea éste quien convalide su propio acto. Si de lo

que se trata es de que el acto viciado sea examinado por el superior jerárquico a fin de comprobar si lo realizado es conforme al ordenamiento jurídico, se contrariaría la finalidad de lo que se persigue con la convalidación del vicio de incompetencia jerárquica si se permitiera que la llevase a cabo el mismo órgano que dictó el acto mediante el expediente de que el superior delegase en él expresamente la competencia para realizarla”.

#### **IV. LOS ERRORES MATERIALES O DE HECHO.**

En el mismo capítulo dedicado a la revisión de oficio de los actos administrativos, y en el artículo dedicado a la revocación de éstos, el 109, la Ley 39/2015 regula la rectificación de errores, en los términos siguientes: “las Administraciones Públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

La pura rectificación material de errores de hecho o aritméticos no implica una revocación del acto en términos jurídicos. El acto materialmente rectificado sigue teniendo el mismo contenido después de la rectificación, cuya única finalidad es eliminar los errores de transcripción o de simple cuenta con el fin de evitar cualquier posible equívoco.

Este carácter estrictamente material y en absoluto jurídico de la rectificación justifica que para llevarla a cabo no requiera sujetarse a solemnidad ni límite temporal alguno. La rectificación de errores materiales puede hacerse en cualquier momento, tanto de oficio como a instancia del administrado, como ha venido a aclarar la sentencia del Tribunal Supremo 17 de julio de 1987: “la doctrina del acto consentido no tiene virtualidad para impedir el juego del artículo 111 (hoy 107.2 de la Ley 39/2015), dado que éste, en su expresa dicción y con el fundamento antes señalado, nace precisamente con la finalidad de romper, respecto de la Administración, la vinculación a los actos declarativos de derechos y, respecto del administrado, la doctrina del acto consentido o confirmatorio”.

El problema radica, pues, en determinar las fronteras entre el error de hecho y el error de derecho, punto éste en el que la doctrina, tanto del Tribunal Supremo como del Consejo de Estado, se muestra especialmente rigurosa para evitar el posible fraude de ley. Combinando

la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Consejo de Estado pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- La facultad de rectificación debe utilizarse con hondo carácter restrictivo.
- El error debe ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente, exteriorizándose *prima facie* (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1985).
- Excluye de su ámbito todo el referido la cuestiones de derecho y que impliquen la realización de un juicio valorativo, como el alcance de los hechos, error en las interpretaciones de disposiciones legales, valoración de la prueba, etc.
- La corrección no puede producir una alteración fundamental o sustancial en el contenido o sentido del acto (Dictamen 1284/1992 del Consejo de Estado y sentencias del Tribunal Supremo de 8 y de 19 de abril de 1967).

Como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2001:

"[...] el error material o de hecho se caracteriza por ser «ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse *prima facie* por su sola contemplación» [...], de manera que la aplicación del mecanismo previsto en el citado artículo 105.2 de la Ley 30/1992 requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias:

- a) Que se trate de «simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos».
- b) Que el error «se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte».
- c) Que «el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables».
- d) Que «no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos».

e) Que «no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica)».

f) Que «no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, bajo pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión», que requiere un procedimiento específico previsto en el artículo 102 y siguientes de la Ley 30/1992.

g) Finalmente, se viene exigiendo «que se aplique con un hondo criterio restrictivo [...]».

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1982 dice que “es cierto que el artículo 111 de la Ley de procedimiento administrativo (actual artículo 107.2 de la Ley 39/2015) atribuye a la Administración potestad para rectificar errores materiales o de hecho y los aritméticos, pero evidentemente el ejercicio de esa potestad no entraña una revocación del acto administrativo en términos jurídicos. El acto administrativo rectificado ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio del acto rectificado, sin que pueda la Administración *sub specie* de potestad rectificadora encubrir una auténtica potestad revocatoria, lo cual entrañaría un verdadero *fraus legis*, constitutivo de una desviación de poder. Por eso, el Tribunal Supremo ha cuidado de advertir la necesidad de diferenciar entre el error de derecho y el mero error de hecho o material, negando la existencia de este siempre que su apreciación implique un juicio valorativo, exija una operación de calificación jurídica, o cuando la rectificación materializada implique realmente una alteración fundamental del sentido del acto”.

## **BIBLIOGRAFÍA**

VV.AA. Letrados da Xunta de Galicia. *Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia*. Asociación Profesional de Letrados da Xunta de Galicia, 1ª edición, Santiago de

Compostela, 2005.

Parada R. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Marcial Pons, 2ª edición, Madrid, 1999.

González Pérez J., González Navarro F. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1999.

VV.AA. *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y *Boletín Oficial del Estado*, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1993.

## **TEMA 14**

**REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS Y ANULABLES: CASOS EN QUE PROCEDE. PROCEDIMIENTO. LA IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DE ACTOS POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN: LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD. LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

## **TEMA 14. REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS Y ANULABLES: CASOS EN QUE PROCEDE. PROCEDIMIENTO. LA IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DE ACTOS POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN: LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD. LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**

### **I. REVISIÓN DE OFICIO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS NULOS Y ANULABLES: CASOS EN QUE PROCEDE**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Es principio general del Derecho administrativo la presunción de legitimidad y de validez de los actos administrativos, de donde deriva su ejecutividad y, en su caso, su ejecución forzosa; así, el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, señala que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa”.

Se trata ésta de una presunción *iuris tantum*, puesto que el acto administrativo puede incurrir en infracción del Ordenamiento jurídico, en cuyo caso resulta necesario proceder a su revisión.

En principio, el control de la actividad administrativa se encomienda a los Tribunales de Justicia, en virtud de lo que se establece en el artículo 106.2 de la Constitución Española, según el cual “los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”.

Pero, además, en virtud del privilegio de autotutela que incumbe a la Administración, puede ésta declarar unilateral y ejecutoriamente la ineficacia de los actos administrativos en los casos y con los requisitos que establece la ley, bien sea de oficio, bien a instancia de los particulares. Los medios previstos al efecto son la revisión de oficio, que es objeto de estudio en este epígrafe, así como la declaración de lesividad, que analizaremos al final del tema, y los recursos administrativos.

La revisión de oficio aparece regulada en el artículo 106 de la Ley 39/2015, que dispone en su apartado 1 que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1. Asimismo, añade el apartado 2 del precepto que en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2.

## **2. ACTOS Y DISPOSICIONES**

Como se acaba de exponer, el artículo 106 la Ley 39/2015 permite la revisión de oficio tanto de los actos como de las disposiciones administrativas. A este respecto, cabe plantearse la utilidad de que se puedan revisar de oficio estas últimas.

Si las disposiciones -a diferencia de los actos administrativos declarativos de derechos subjetivos- pueden en cualquier momento derogarse y modificarse, con sujeción al procedimiento correspondiente, ¿qué sentido tiene la declaración de nulidad? En principio, el momento a partir del cual producen efectos una y otra: la derogación a partir de la publicación de la disposición derogatoria; la declaración de nulidad, desde que se publica la disposición declarada nula, con la salvedad de la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

De todas formas, como se expondrá más adelante, hay una diferencia importante entre la revisión de oficio de los actos y de las disposiciones administrativas de carácter general: la primera puede llevarse a cabo no sólo a iniciativa de la propia Administración, sino también a solicitud de cualquier interesado, mientras que la segunda únicamente se realiza de oficio.



### **3. ACTOS QUE HAYAN PUESTO FIN A LA VÍA ADMINISTRATIVA O NO HAYAN SIDO RECURRIDOS EN PLAZO**

A tenor del artículo 106.1 de la Ley 39/2015, para que sea admisible este procedimiento especial de revisión es necesario que los actos hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo.

Es evidente que, en el supuesto de que el acto sea firme por no haber sido recurrido en plazo, sea en vía administrativa o contencioso-administrativa, al no ser posible la revisión del acto nulo por los procedimientos ordinarios, no hay otra posibilidad de declarar la nulidad que la vía del procedimiento extraordinario que regula el artículo 106 de la Ley 39/2015. Pero en el supuesto de que el acto haya puesto fin a la vía administrativa, cabe distinguir los siguientes supuestos:

- Que se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo en plazo y esté pendiente de resolución. La cuestión de la validez del acto está *sub iudice*. Pero no cabe hablar de litispendencia, ni la existencia de proceso administrativo pendiente supone obstáculo al ejercicio de las potestades administrativas de revisión: simplemente, si la Administración declarase la nulidad del acto antes de la conclusión del proceso, éste quedaría sin objeto; de la misma manera, si se dictase sentencia firme anulatoria del acto antes de la conclusión del procedimiento administrativo de revisión, sería este último el que quedaría sin objeto; por último, una eventual sentencia firme confirmatoria de la validez del acto haría jurídicamente inviable la revisión de oficio por el motivo de nulidad que hubiesen rechazado los órganos jurisdiccionales, en virtud de la fuerza de cosa juzgada.
- Que todavía no hubiese transcurrido el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo. No existe tampoco obstáculo alguno para que se inicie el procedimiento de revisión del artículo 106 de la Ley 39/2015. Que el interesado acuda a esta vía especial -en vez de la del contencioso-administrativo o simultáneamente a ésta- dependerá de la confianza que tenga en obtener la satisfacción de sus pretensiones ante la Administración y de la previsible duración de uno y otro procedimiento.

Esta interpretación podría considerarse inadmisibles a la vista de que el artículo 106.1 de la Ley 39/2015 habla de que los actos “no hayan sido recurridos en plazo”. Sin embargo, hay que tener en cuenta lo siguiente:

- El artículo distingue dos supuestos distintos: uno, que el acto haya puesto fin a la vía administrativa; otro, que no se haya interpuesto recurso.
- Si se interpreta este segundo supuesto en el sentido de que no se haya interpuesto, no sólo recurso administrativo, sino tampoco recurso contencioso-administrativo, no tendría sentido la referencia al otro supuesto. La norma exigiría que el acto fuera firme, que no cupiera recurso alguno.
- Si se especifica como supuesto distinto a la no interposición del recurso que el acto haya puesto fin a la vía administrativa y la ley no distingue, ha de entenderse que siempre que el acto agota la vía administrativa -haya sido recurrido o no en vía contencioso-administrativa- es posible incoar el procedimiento de revisión que regula el artículo 106 de la Ley 39/2015.

Finalmente, en cuanto a los actos que ponen fin a la vía administrativa, el artículo 114.1 de la Ley 39/2015 enuncia con carácter general los siguientes:

- Las resoluciones de los recursos de alzada.
- Las resoluciones de los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición a que se refiere el artículo 112.2 de la Ley 39/2015.
- Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.
- Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.
- La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive.

- La resolución de los procedimientos complementarios en materia sancionadora a los que se refiere el artículo 90.4 de la Ley 39/2015.
- Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.

El propio artículo 114 de la Ley 39/2015 desarrolla en su apartado 2 esta última previsión para la Administración general del Estado. En nuestra Comunidad autónoma, la materia aparece regulada en el artículo 4 de la Ley 6/2001, de 29 de junio, de adecuación de la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia a la Ley 1/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de la Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, según el cual ponen fin a la vía administrativa, salvo que por Ley especial se establezca lo contrario, las resoluciones de los órganos siguientes:

- Las del Consello de la Xunta, las de su presidente y las de sus comisiones delegadas.
- Las de los conselleiros.
- Las de los secretarios generales y directores generales en materia de personal.
- Las de los órganos superiores de gobierno de organismos autónomos y de los entes públicos cuando ejercitan competencias administrativas.
- Las de las demás autoridades cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria.

En el ámbito local debe tomarse en consideración el artículo 52.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, según el cual ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los siguientes órganos y autoridades:

- Las del Pleno, los Alcaldes o Presidentes y las Juntas de Gobierno, salvo en los casos excepcionales en que una ley sectorial requiera la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de la Comunidad autónoma, o cuando proceda recurso ante éstas en los supuestos del artículo 27.2.

- Las de autoridades y órganos inferiores en los casos que resuelvan por delegación del Alcalde, del Presidente o de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa.
- Las de cualquier otra autoridad u órgano cuando así lo establezca una disposición legal.

#### **4. MOTIVOS DE NULIDAD**

El artículo 106 de la Ley 39/2015 se remite a los supuestos previstos en el artículo 47 de ese texto legal, que son los de nulidad de pleno derecho de los actos y disposiciones administrativas.

El apartado 1 del artículo 47 dispone que son nulos de pleno derecho los siguientes actos de las Administraciones públicas:

- Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.
- Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.
- Los que tengan un contenido imposible.
- Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.
- Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
- Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.
- Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.

La jurisprudencia, por tanto, señala que es necesario que se esté ante uno de los supuestos de nulidad radical (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1997), con arreglo a la normativa vigente al producirse los hechos (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1997). Como se puede observar, la lista del artículo 47.1 de la Ley 39/2015 es abierta, por lo que la revisión de oficio procede no sólo en los supuestos expresamente recogidos en ese precepto, sino también en cualquier otro declarado como causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos por una norma con rango de ley.

En cuanto a las disposiciones administrativa de carácter general, el artículo 47.2 de la Ley 39/2015 establece que también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

## **II. PROCEDIMIENTO**

### **1. PLAZO PARA LA REVISIÓN DE OFICIO**

En primer lugar, en lo que se refiere al plazo, debe señalarse que no existe límite temporal para la incoación del procedimiento. El artículo 106 de la Ley 39/2015 dice tanto en su apartado 1 (revisión de oficio de actos administrativos), como en su apartado 2 (revisión de oficio de disposiciones administrativas), que la nulidad podrá declararse “en cualquier momento”. Así lo confirma la jurisprudencia.

Ahora bien, lo anterior no implica que siempre y en cualquier momento se pueda alegar la nulidad de pleno derecho de un acto o disposición. Pues, si tal nulidad se pretende o se encauza por medio de un recurso en vía administrativa, éste deberá interponerse dentro de los plazos legalmente establecidos (un mes si el acto es expreso, según los artículos 122.1 y 124.1 de la Ley 39/2015).

La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2002 dice al respecto que “la más reciente y firme doctrina de esta sala (baste citar las sentencias de 19 diciembre 1997, de

2 diciembre de 1999 y de 15 de noviembre de 2000) ha establecido que la imprescriptibilidad en la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciados de nulidad radical sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el artículo 109 de la antigua LPA [hoy artículo 106 de la Ley 39/2015] cuando se ejercita ante la propia Administración, ya que puede serlo «en cualquier momento»; por lo tanto, la firmeza del acto consentido, en los demás casos, cierra el paso a su impugnación si no se produjo en el plazo establecido”.

Por lo demás, serán de aplicación los límites generales del artículo 110 de la Ley 39/2015, según el cual “las facultades de revisión establecidas en este Capítulo, no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

## **2. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

El procedimiento de revisión de oficio podrá incoarse de oficio por acuerdo del órgano competente para acordar la declaración de nulidad, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia, como establece con carácter general el artículo 58 de la Ley 39/2015

Cuando se trata de la revisión de actos administrativos (no de disposiciones), cabe también la iniciación a solicitud del interesado, tal como contempla de manera expresa el artículo 106.1 de la Ley 39/2015. La jurisprudencia ha precisado que “la acción de nulidad es una petición dirigida a la Administración en solicitud de que proceda a la revisión de un acto o disposición administrativa tachados de nulos, con nulidad absoluta por alguno de los motivos tasados por la ley; una petición que no se produce por vía de recurso -los recursos administrativos están sujetos a plazos fugaces de caducidad” (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1992, de 6 de mayo de 1992 y de 11 de octubre de 1994).

En los casos de iniciación a solicitud del interesado, el artículo 106.3 de la Ley 39/2015 permite al órgano competente para resolver acordar motivadamente la inadmisión a trámite de la solicitud, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano

consultivo de la Comunidad autónoma, en los siguientes supuestos:

- Cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 47.1.
- Cuando carezcan manifiestamente de fundamento.
- Cuando se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

El acuerdo de inadmisión, al impedir la continuación del procedimiento, será recurrible en vía administrativa (artículo 1012.1 de la Ley 39/2015) y, en su caso, contencioso-administrativa (artículo 25.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa).

La sentencia del Tribunal Supremo 12 de diciembre de 2001 había establecido que "la Sentencia de 12 de noviembre de 2001 (recurso de casación 2674/1997) aclaró que la jurisprudencia de este tribunal ha distinguido tradicionalmente dos fases en los procedimientos de revisión de oficio. La primera comprende la apertura de un expediente en el que, tras los trámites pertinentes, la Administración determina *prima facie* si el acto o actos cuya revisión se pide adolecen o no de los vicios que determinarían su revisión. En caso de que la conclusión sea afirmativa, se abre la segunda fase que incluye la solicitud de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma equiparable a él y la decisión de anular o no el acto de que se trate, según el dictamen que se emita. Pues bien, la jurisprudencia ha venido declarando de forma constante que en los casos en que no se tramitó el procedimiento completo, en las dos fases que se acaban de enunciar, no se puede entrar en la cuestión de fondo de la revisión en vía jurisdiccional de los actos administrativos y disposiciones generales de que se trate. El examen de fondo está condicionado, por ello, a la previa tramitación del procedimiento adecuado por la Administración autora del acto o reglamento sujeto a revisión, del que es pieza esencial el dictamen favorable del Consejo de Estado. Eludido dicho trámite, bien por total inactividad que desemboca en desestimación presunta por silencio, bien por resolución expresa que deniega la revisión quedándose en la primera fase, lo procedente no es que la Jurisdicción entre a conocer del acto o la norma, sino que, en su caso, ordene

a la Administración que inicie el trámite de la segunda fase y la concluya dictando la pertinente resolución expresa en orden a si existe la nulidad o anulabilidad pretendida (sentencias de 24 de octubre de 2000, de 7 de mayo de 1992 de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, de 22 de octubre de 1990, de 18 de abril de 1988 y de 21 de febrero de 1983, entre otras)“.

Con la redacción del artículo 106.3 de la Ley 39/2015, procedente de la redacción que la Ley 4/1999 dio al artículo 102.3 de la Ley 30/1992, es indudable que en los casos señalados podrá acordarse la inadmisión a trámite de las solicitudes de declaración de nulidad (sentencias de 13 julio, de 13 octubre y de 2 noviembre 2004, y de 5 mayo de 2005).

### **3. INSTRUCCIÓN**

#### *- Audiencia de los interesados*

El trámite de audiencia y vista del expediente debe concederse a todos los que ostenten la condición de interesados en el procedimiento de revisión de oficio, aunque no se diga expresamente en el artículo 106 de la Ley 39/2015, a diferencia de lo que sucede en el artículo 107 en relación con el procedimiento para la declaración de lesividad de los actos administrativos. De lo contrario se incurriría en una de las infracciones del procedimiento determinantes de la anulabilidad (artículo 48.2 de la Ley 39/2015). Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1984.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1983 señala que “el artículo 47 de la LPA, al que se acoge específicamente la corporación municipal demandada, para acordar la indicada nulidad de pleno derecho, en efecto, la señala para el caso de haberse dictado el acto prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para ello, pero su correcta aplicación requiere determinadas condiciones y formalidades; y así cuando dicho acto cree, reconozca o declare un derecho subjetivo, de modo definitivo, y en virtud de la limitación impuesta, con carácter general por el artículo 37 de la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado y, de modo específico, para los dictados por las Corporaciones locales, en el artículo 369 de la Ley de régimen local, deberán cumplirse las expresadas en el artículo 109 de la propia Ley de procedimiento y las



implícitas con ellas, cual es la de audiencia previa del interesado, conforme a los artículos 23 y 91 de la propia ley y lo apuntado en los artículos 281 y 296 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales”. La misma doctrina se encuentra en sentencias de 11 de abril de 1983 y de 2 de febrero de 1987.

*- Dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma*

El artículo 106 de la Ley 39/2015 exige, tanto en su apartado 1 como en su apartado 2, para que la Administración pueda declarar la nulidad por el procedimiento de revisión regulado en este artículo, “previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere”.

En lo que se refiere al Consejo de Estado, el artículo 22 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, recoge en su número diez, entre los asuntos en los que debe ser consultada la Comisión permanente de este órgano, la “revisión de oficio de disposiciones administrativas y de actos administrativos, en los supuestos previstos por las leyes”.

Respecto de la competencia del órgano consultivo de la Comunidad autónoma, interesa precisar:

- Que será necesario -para prescindir del dictamen del Consejo de Estado- que el órgano consultivo tenga, dentro de la comunidad autónoma de que se trate, el mismo rango de órgano superior consultivo que el Consejo de Estado tiene en el Estado.
- Que la legislación autonómica no prevea expresamente que debe dictaminar el Consejo de Estado.
- Que corresponderá dictaminar al órgano consultivo de la Comunidad autónoma, no sólo cuando se trate de declarar la nulidad de un acto de la Administración de la Comunidad autónoma, sino de los actos de las entidades locales que radiquen en su territorio.

En el caso de Galicia, la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consello consultivo de Galicia, prevé en su artículo 12, letra f), que este órgano dictaminará preceptivamente sobre revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas, competencia que habrá que entender en los términos que se acaban de señalar.

#### **4. RESOLUCIÓN**

##### *- Resolución expresa*

La resolución únicamente podrá declarar la nulidad cuando el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma sea favorable. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1986 "es preceptivo el dictamen favorable del Consejo de Estado, de tal forma que, si es desfavorable, la Administración no puede declarar la nulidad, doctrina acorde con las sentencias de 14 de abril de 1971 y de 29 de enero de 1975, entre otras".

Pero esto no significa que siempre que sea favorable el dictamen deba declararse la nulidad. La Administración podrá resolver "oído el Consejo de Estado" (o el órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma) cuando se trate de disposiciones, pero no así cuando se trate de actos administrativos. Esto es lo que se desprende de la diferente redacción del apartado 1 y del apartado 2 del artículo 106 de la Ley 39/2015; mientras que el apartado 1 (referido a actos) dice que las Administraciones declararán la nulidad si el dictamen es favorable, el apartado 2 (referido a disposiciones) dice que "podrán declarar la nulidad".

##### *- Silencio administrativo*

El artículo 106 de la Ley 39/2015 prevé las consecuencias de la falta de resolución expresa del procedimiento de revisión de oficio en el plazo máximo establecido, que es de seis meses:

- Si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá la caducidad del procedimiento, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 25.1.b) de la propia Ley 39/2015.

- Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma desestimada por silencio administrativo (silencio negativo), de acuerdo con el artículo 24.1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015.

Ahora bien, precisamente por presuponer el silencio administrativo la inactividad administrativa, lo normal será que esta inactividad dé lugar a omisiones de trámites esenciales del procedimiento determinando la nulidad de actuaciones. Al formularse la pretensión procesal frente a la denegación presunta, en la que el administrado pide al tribunal que se reconozca su derecho, podrá encontrarse con una sentencia que no entra a examinar la cuestión planteada por el demandante. Bastará con que, examinando previamente el problema de si se han cumplido las normas esenciales de procedimiento, declare la nulidad de actuaciones administrativas y ordene reponerlas al momento anterior a aquel en que se cometió la primera de las infracciones de las normas de procedimiento. Así se ha venido estableciendo en algunas sentencias de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos.

Esto implica que aquel administrado que acudió al proceso administrativo frente a la denegación presunta en demanda de justicia, después de los años que tarda un proceso, se encontrará de nuevo en el procedimiento administrativo sin haber obtenido resolución expresa, esperando a que la Administración cumpla unos trámites y a que después dicte acuerdo expreso.

Esta corriente, sin embargo, no parece correcta. El principio de tutela jurisdiccional efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución exige en estos casos que la sentencia se pronuncie sobre la cuestión de fondo.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1994 señala que “como esta sala ha declarado en las sentencias que acabamos de citar y en las de 10 de mayo, de 14 de mayo y de 22 de mayo de 1993, y de 22 de enero de 1994, el régimen de la impugnación de resoluciones presuntas no consiente como solución la nulidad de actuaciones y retroacción del expediente administrativo para que se cumplan los requisitos omitidos, sino que exige el enjuiciamiento de las cuestiones sustantivas (pretensiones de resarcimiento y su cuantificación) aunque el procedimiento previo en vía administrativa se

hubiese visto privado de aquellos elementos de juicio y asesoramiento, entre ellos el dictamen del Consejo de Estado, previsto por los artículos 22.13 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, y 134.3 del Reglamento de la Ley de expropiación forzosa”.

En idéntico sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1994 en su fundamento de derecho tercero dice que “alega el abogado del Estado, con invocación de la sentencia que cita (que señala pronunciada en el Recurso número 306666/1982 en fecha 2 de octubre de 1992), que cuando se solicita de la Administración la declaración de nulidad de pleno derecho con base en el artículo 109 de la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, y la Administración guarda silencio sobre la petición, los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo no pueden entrar a examinar y declarar, en su caso, la nulidad radical del acto impugnado, sino que deben limitarse a ordenar a la Administración que inicie la tramitación correspondiente y la concluya, previo dictamen del Consejo de Estado, dictando la resolución procedente en orden a si se produjo o no la nulidad radical pretendida. Dejando aparte que existen sentencias del Tribunal Supremo que no avalan la opinión expuesta por el abogado del Estado (cfr. sentencias de 1 de septiembre de 1988 y de 24 de abril de 1993), la Sala entiende que en el caso que se somete a su consideración concurren circunstancias que ponen de manifiesto la falta de fundamento de la pretensión de nulidad de pleno derecho con que actúan el Ayuntamiento de Barbate y la «Junta de Hazas», como a continuación vamos a examinar, y que, en estos supuestos en que de modo inequívoco no existen las causas de nulidad radical invocadas frente a la Administración del Estado, el órgano jurisdiccional debe entrar a conocer del fondo de la cuestión suscitada, sin remitirla para su solución a los órganos administrativos con el fin de que decidan sobre ella, previa audiencia preceptiva del Consejo de Estado, teniendo esta solución su fundamento tanto en la procedencia de desestimar la solicitud como en el otorgamiento de una tutela judicial efectiva a las partes, sin introducir dilaciones respecto al enjuiciamiento de sus pretensiones (artículo 24 de la Constitución), razonamientos que comportan la desestimación de la alegación formulada al respecto por el abogado del Estado”.

Por tanto, si un administrado, en aplicación del silencio administrativo, opta por considerar desestimada una petición de declaración de nulidad o en recurso administrativo y acude a

los tribunales, éstos deben pronunciarse sobre la cuestión de fondo que plantee, sin que sea admisible evitar tal pronunciamiento por el hecho de que en el procedimiento se hubiese incurrido en infracciones esenciales, por graves que sean.

Existe, sin embargo, una excepción al principio señalado: que la infracción esencial lo sea de un trámite (como el de audiencia y vista) que trate de hacer efectivo principio tan esencial como el de que nadie puede ser condenado sin ser oído, “fundamento esencial del pronunciamiento administrativo y del proceso judicial, actualmente en el artículo 24 de la Constitución”. Así, la sentencia del Tribunal Supremo 14 de septiembre de 1983.

Otras sentencias del Tribunal Supremo, como la de 12 de diciembre de 2001, establecen que para que la jurisdicción pueda pronunciarse sobre la cuestión de fondo es necesario que el procedimiento administrativo de revisión de oficio hubiese llegado a la segunda fase y hubiere dictaminado el Consejo de Estado.

## **5. EFECTOS DE LA REVISIÓN DE OFICIO**

### *- Efectos jurídico-procesales*

El acto que ponga fin a este procedimiento de revisión será susceptible del recurso administrativo que, en cada caso, proceda, y, en su caso, del recurso contencioso-administrativo.

Aun cuando la resolución fuese denegatoria de la nulidad, no podrá invocarse frente al recurso contencioso-administrativo la excepción de acto confirmatorio que prevé el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, por no darse entre el acto o disposición cuya nulidad se pretende y el que resolvió el procedimiento de nulidad las identidades que constituyen el presupuesto de aquella excepción.

### *- Efectos jurídico-materiales*

Los efectos serán los propios de la nulidad de pleno derecho. No obstante, según el artículo 50 de la Ley 39/2015, “los actos nulos... que... contengan los elementos constitutivos de otros distintos producirán los efectos de éste”.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 106.4 de la Ley 39/2015, las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público.

Cuando sea declarada nula una disposición, el mismo precepto aclara en su inciso final que subsistirán los actos firmes dictados en aplicación de la misma.

### **III. LA IMPUGNACIÓN JURISDICCIONAL DE ACTOS POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN: LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD.**

#### **1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO DE LESIVIDAD**

Se llama proceso de lesividad al proceso judicial o recurso que ejercita la propia Administración autora de algún acto cuando no puede anularlo o revocarlo por sí misma. Antes de interponer dicho recurso es preciso obtener la declaración administrativa de que el acto es lesivo para el interés público.

Se denomina, pues, procedimiento de lesividad al procedimiento administrativo que ha de ser tramitado a los efectos de obtener la declaración de lesividad que permita posteriormente el inicio del proceso judicial con el mismo nombre que determinará, en su caso, la ineficacia del acto administrativo correspondiente.

En cuanto a la naturaleza jurídica del procedimiento de lesividad, de acuerdo con lo que acabamos de exponer, además de implicar un procedimiento administrativo que conlleva una declaración de voluntad administrativa, se erige en un presupuesto procesal para el llamado proceso de lesividad. Así se desprende del artículo 43 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que dispone que “cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público”.

La declaración de lesividad es, por tanto, un acto administrativo de naturaleza especial, en cuanto únicamente produce efectos en el ámbito procesal (sentencia del Tribunal Supremo

de 12 de marzo de 1996), por lo que no es admisible la impugnación directa ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo de la declaración. La sentencia del Tribunal Supremo de 23 abril 2004 dice a este respecto que “la declaración de lesividad no tiene más efecto que el de permitir a la Administración instar la impugnación jurisdiccional de un acto dictado por ella misma, y es dentro del proceso jurisdiccional que así se inicie donde deben ser emplazados todos los que estén interesados en mantener la validez de dicho acto y donde pueden hacer valer, en beneficio de sus derechos e intereses, todo lo que estimen conveniente en contra de esa declaración de lesividad y de la nulidad del acto”.

## **2. OBJETO DE LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD**

El artículo 107.1 de la Ley 39/2015 señala que las Administraciones públicas podrán impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 48, previa su declaración de lesividad para el interés público. De aquí se desprende que son susceptibles de ser declarados lesivos:

- Los actos administrativos, pero no las disposiciones de carácter general. Así, cuando la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa se refiere al acto objeto del recurso contencioso-administrativo, a lo largo de su articulado emplea la expresión de “acto, disposición o actuación”, consecuencia de la admisión expresa de la impugnación de las disposiciones de carácter general. Sin embargo, cuando se refiere concretamente al proceso de lesividad, no habla para nada de “disposiciones”, sino únicamente del “acto” o “actos”, con lo que se pone de manifiesto que la ley únicamente admite la impugnación de actos dentro del proceso de lesividad. Esto es consecuencia de que, como se verá más adelante, la declaración de lesividad presupone la anulabilidad del acto administrativo, pero los reglamentos ilegales nunca son anulables, sino que siempre se les aplica la sanción de la nulidad de pleno derecho.
- En segundo lugar, en cuanto a si la declaración de lesividad resulta admisible en el ámbito contractual, la respuesta positiva se desprende del artículo 34 del texto

refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Este precepto, aunque en principio se refiere a la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, en su apartado 2 se ocupa de determinar también cuál es el órgano competente para declarar la lesividad de esos actos, lo cual supone admitir implícitamente que son susceptibles de declaración de lesividad.

Así lo entiende también la jurisprudencia, como se puede leer en el fundamento de derecho quinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2002, que señala que “el argumento de la sala de instancia no supone la imposibilidad de acudir al procedimiento de declaración de lesividad en materia de contratación administrativa, pues, en este caso, la declaración de lesividad constituía un presupuesto del proceso que incoó la Administración local que en este supuesto personifica la Corporación Municipal de Burgos (con sujeción al artículo 107.2 de la Ley 30/1992) y la sentencia no está excluyendo la posibilidad de su admisión, recordando criterios jurisprudenciales precedentes contenidos en las sentencias de 27 de junio de 1977 y de 5 de julio de 1983, especialmente en la primera, al reconocer que la lesividad afecta a las fases preparatoria y de adjudicación del contrato.

En este punto, la evolución jurisprudencial, superando la tesis inicial contenida en las sentencias de 10 de diciembre de 1934 y de 25 de marzo de 1941, ha extendido la lesividad a la contratación administrativa (desde la Sentencia de 13 de noviembre de 1974) y no se trata, como sostiene la parte recurrente en casación, de una libre facultad resolutoria por parte de la Administración, pues la impugnación de un contrato en base a su carácter lesivo no tiene su fundamento en el incumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas por el contratista que dan lugar a la resolución del contrato, sino en constatar si la Administración vulneró disposiciones por las que ha de regirse, repercutiendo desfavorablemente en los intereses económicos o de otro orden de la Administración”.

- En tercer lugar, tendrá que tratarse de actos favorables o declarativos de



derechos. Los actos desfavorables o de gravamen pueden ser objeto de revocación por la propia Administración autora de los mismos sin necesidad de declaración de lesividad ni de impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en los términos previstos por el artículo 109.1 de la Ley 39/2015, que se analizará más adelante.

- Por último, el acto tendrá que estar incurso en alguna infracción del Ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder, determinante de su anulabilidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48 de la Ley 39/2015. *Sensu contrario*, no pueden ser objeto de declaración de lesividad ni los actos nulos de pleno derecho (respecto de los cuales cabe ejercer, en cambio, la potestad de revisión de oficio ya estudiada) ni los actos aquejados de irregularidades no invalidantes, tales como defectos de forma que no les priven de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o no den lugar a la indefensión de los interesados.

### **3. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD**

De acuerdo con el artículo 107.2 de la Ley 39/2015, la declaración de lesividad está sometida a un plazo de caducidad de cuatro años, que se cuenta desde que se dictó el acto administrativo.

El procedimiento se inicia siempre de oficio; los particulares que quieren obtener la anulación de actos administrativos incursos en vicio de anulabilidad tienen que utilizar los recursos administrativos y contencioso-administrativos ordinarios, con sujeción a los breves plazos preclusivos de interposición correspondientes y no al de cuatro años que rige para la declaración de caducidad.

No obstante, en el procedimiento de la declaración de lesividad es preceptiva la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos generales establecidos por el artículo 82 de la Ley 39/2015 para la audiencia de los interesados en el procedimiento administrativo.

En cuanto a la competencia para la declaración de lesividad, el artículo 107.4 de la Ley 39/2015 se limita a prever que, si el acto proviniera de la Administración general del

Estado o de las Comunidades autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia. En el ámbito autonómico gallego, esta cuestión está regulada en el artículo 3 de la Ley 6/2001, que atribuye la competencia para para resolver los procedimientos de revisión de oficio de los actos administrativos nulos, declarar la lesividad de los anulables y revocar los de gravamen o desfavorables a los siguientes órganos:

- El Consello de la Xunta respecto a sus propios actos o los actos de sus comisiones delegadas.
- Los conselleiros respecto a sus propios actos y los dictados por órganos dependientes de los mismos, así como a los actos de los órganos superiores de gobierno de los organismos autónomos y entes de derecho público que tengan adscritos, salvo que en la respectiva ley de creación se disponga otra cosa.
- Los órganos superiores de gobierno de los organismos autónomos y entes de derecho público respecto a los actos dictados por órganos dependientes de los mismos.

En cambio, cuando se trate de actos de las entidades locales, el propio artículo 107 de la Ley 39/2015 señala en su apartado 5 que la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad.

El plazo máximo para dictar la resolución es de seis meses desde la iniciación del procedimiento, según el artículo 107.3 de la Ley 39/2015, y la falta de resolución expresa produce la caducidad del procedimiento, en consonancia con las previsiones generales del artículo 25.1.b) de dicha ley.

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 107.2 de la Ley 39/2015, la declaración de lesividad no es susceptible de recurso, sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente. Este mismo precepto da también a entender que no es preceptiva su notificación a los interesados, dejando a la decisión de la Administración el hacerlo “a los meros efectos informativos”, lo

cual se explica precisamente por que la declaración de lesividad no produce más efecto jurídico que el de servir de presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso de lesividad, del que se hablará a continuación.

#### **4. EL PROCESO DE LESIVIDAD**

Declarada la lesividad por la Administración competente, ya puede interponerse recurso contencioso-administrativo contra el acto declarado lesivo. Las especialidades fundamentales que presenta el recurso contencioso-administrativo son las siguientes:

- Legitimación activa. Corresponde a la Administración autora del acto, si bien como partes codemandantes pueden intervenir quienes tengan interés directo en la anulación.
- Legitimación pasiva. Corresponde a quienes tengan interés en mantener el acto declarado lesivo por derivarse a su favor derechos o intereses legítimos. Se trata, por tanto, del único supuesto en que en un proceso contencioso-administrativo puede no aparecer como parte demandada ninguna Administración pública o ente administrativo.
- Plazo de interposición. De acuerdo con el artículo 46.5 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, “el plazo para interponer recurso de lesividad será de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad”.
- Presentación del recurso. Señala el artículo 45.4 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa que “el recurso de lesividad se iniciará por demanda formulada con arreglo al artículo 56.1, que fijará con precisión la persona o personas demandadas y su sede o domicilio si constara. A esta demanda se acompañarán, en todo caso, la declaración de lesividad, el expediente administrativo y, si procede, los documentos de las letras a) y d) del apartado 2 de este artículo”.
- Emplazamiento de los demandados. Según el artículo 49.6 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, “el emplazamiento de los demandados en el recurso de lesividad se efectuará personalmente por el plazo de nueve días”.

#### **4. LA REVOCACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.**

La revocación consiste en la eliminación de un acto administrativo por la propia Administración autora del acto por motivos de oportunidad.

El artículo 109.1 la prevé exclusivamente para los actos de gravamen o desfavorables, puesto que, como ya se ha visto, la revocación por la Administración de los actos favorables o declarativos de derechos en principio sólo es posible por motivos de legalidad a través de la vía de la revisión de oficio, si están incursos en causa de nulidad de pleno derecho; si están incursos en causa de anulabilidad, su anulación se reserva a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo (principio de irrevocabilidad por la Administración de los actos administrativos favorables o declarativos de derechos).

La revocación de los actos de gravamen o desfavorables se somete a tres límites:

- No puede haber transcurrido el plazo de prescripción que resulte de aplicación al derecho u obligación que derive del acto.
- La revocación no puede constituir dispensa o exención no permitida por las leyes.
- La revocación no puede ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al Ordenamiento jurídico.

No se regula ningún procedimiento para esta revocación, por lo que deberá tramitarse aplicando las reglas generales de los procedimientos administrativos.

Además del régimen general contenido en la Ley 39/2015, García de Enterría señala los siguientes supuestos especiales de revocación:

- La inexistencia de una regulación general que posibilite la revocación de actos por razones de oportunidad ha dado lugar a que en la práctica hayan proliferado las “reservas de revocación” o cláusulas accesorias que en determinados actos negociales garantizan a la Administración la posibilidad de revocación cuando así lo exija el interés público.

Según García de Enterría tales cláusulas son improcedentes cuando el acto o

negocio en el que se insertan resulta del ejercicio de una potestad reglada. Si la potestad es discrecional, la reserva de revocación será, en principio, admisible, siempre que se acompañe la previsión de una indemnización a favor del beneficiario del acto. Si la finalidad de la reserva es excluir la indemnización garantizando la absoluta libertad revocatoria (cláusula de precario), sólo cabe admitirlas en casos excepcionales.

- En los actos sujetos a condición, el incumplimiento de ésta justifica la revocación del acto (revocación sanción). Éste es el supuesto contemplado, por ejemplo, en el primer párrafo del artículo 16 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955: “Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas”.
- Por último, alude el citado autor a las revocaciones indirectas, es decir, a todos aquellos supuestos en que un acto posterior modifica, desvirtúa o provoca la ineficacia en todo o en parte de otro anterior o de aquél que servía de base a éste último, a partir de una cobertura legal específica.

## **BIBLIOGRAFÍA**

COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, 26ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, I, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 15.**

**EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:  
CONCEPTO Y NATURALEZA. LA LEY DEL  
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN  
DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS:  
ÁMBITO DE APLICACIÓN. GARANTÍAS DEL  
PROCEDIMIENTO**

## **TEMA 15. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y NATURALEZA. LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ÁMBITO DE APLICACIÓN. GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO.**

### **I. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y NATURALEZA**

#### **1. CONCEPTO**

En un Estado de Derecho, siguiendo a García de Enterría, debe existir un conjunto de garantías del ciudadano frente a la Administración. Entre ellas destaca todo el sistema de recursos administrativos y el control judicial. Sin embargo y, como garantía preventiva para que dichos sistemas reactivos no entren en funcionamiento surge el procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo se configura así como una garantía del ciudadano frente a la Administración, obligando a que la actuación de esta se canalice a través de un iter preconfigurado.

La doctrina kelseniana ha configurado una noción de procedimiento como iter jurídicamente regulado a través del cual una manifestación jurídica de un plano superior (generalmente, una norma) produce efectos jurídicos en un plano inferior (generalmente a través de un acto aplicativo singular).

Conectando tal noción con el hecho de que la Administración pública sirve con objetividad al interés general y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y con sometimiento pleno a la ley al derecho (artículo 103.1 de la Constitución), y entendiendo este sometimiento a la ley de acuerdo con la moderna formulación del principio de legalidad de la Administración como circunscripción de sus potestades a las que el ordenamiento le confiere expresamente, el concepto de procedimiento administrativo no ofrece dudas, siendo aquel por medio del cual la Administración hace efectivo el mandato o la habilitación obrante en una ley actuando en cada caso concreto para producir actos o reglamentos.

La Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 se refería al

procedimiento administrativo como “el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la consecución de un fin”.

Materialmente, todo procedimiento administrativo aparece como una sucesión de actos, que tanto pueden provenir de la Administración como de los administrados, y que finalmente confluyen para dar lugar a un acto definitivo o resolución, que pondrá término al propio procedimiento determinando el sentido de la voluntad administrativa en el caso concreto.

## **2. NATURALEZA**

Los autores, no obstante, no han alcanzado una postura unánime en lo tocante a la relación entre los distintos actos singulares que integran el procedimiento y el acto definitivo o resolución que le pone término, generándose en torno a tal extremo una dualidad de posturas acerca de la naturaleza del procedimiento administrativo.

Una primera postura viene sosteniendo que el procedimiento administrativo es un complejo de actos, es decir, una sucesión ordenada de actuaciones que conducen, de acuerdo con un iter jurídicamente regulado, a la adopción de una decisión. De este modo, cada uno de los concretos actos que integran el procedimiento posee su propia sustantividad y autonomía, sin perjuicio de su carácter instrumental respecto de la resolución final.

Una segunda tesis, sin embargo, ha venido concibiendo el procedimiento administrativo no como un complejo de actos, sino como un acto complejo, de modo que los distintos trámites que lo integran no tienen otro fin que el de procurar la progresiva y gradual conformación de la voluntad administrativa, cuya exteriorización se halla exclusivamente en el acto definitivo o resolución, resultante, pues, de la agregación unitaria de la función y del contenido de todos y de cada uno de los trámites precedentes.

El propio Derecho positivo español no ha sido ajeno a la cuestión de la relación entre los distintos actos que integran el procedimiento y el acto definitivo o resolución, en particular por lo que concierne al más relevante de los problemas que dicha cuestión plantea, cual es el del régimen de impugnación de tales actos de trámite, reconducible a la



determinación de si éstos son o no susceptibles de recurso separado e independiente del que eventualmente resulte posible contra la resolución final.

La tesis que ha terminado prevaleciendo en nuestro Derecho, plasmada tanto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, es la de la no posibilidad de impugnación de los actos de trámite salvo en determinados supuestos cualificados, definidos como aquellos que ponen fin al procedimiento, determinan la imposibilidad de continuarlo o producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos (artículos 112.1 de la Ley 39/2015 y 25.1 de la Ley 29/1998), supuestos en los cuales se permite, pues, la impugnación de tales actos con carácter previo e independiente a la de la resolución final que eventualmente pudiera recaer.

### **3. FINES**

La actuación de acuerdo con procedimientos formalizados es una exigencia del funcionamiento de toda organización compleja, pues facilita el control de los órganos jerárquicamente superiores sobre los inferiores y obliga a tales órganos a actuar de manera fundamentada y objetiva.

En el ámbito jurídico, es con Merkl cuando el procedimiento trasciende la esfera de lo judicial y se encuadra dentro de la teoría general del Derecho, siendo el judicial, el administrativo o el legislativo simples concreciones.

Si el procedimiento judicial tiene como finalidad la satisfacción de las pretensiones de parte, el administrativo constituye una garantía de los derechos de los administrados, pero no agota ahí su finalidad, sino que busca también la satisfacción del interés general y la participación de los ciudadanos en todos los asuntos públicos y en especial en la determinación de aquello que se entiende por interés general.

En particular, en el ámbito de la Administración pública con el procedimiento se persigue alcanzar los tres objetivos siguientes:

- La pronta y eficaz satisfacción del interés general, es decir, la legalidad, acierto y

oportunidad de las disposiciones generales y resoluciones administrativas, en relación con las exigencias de racionalidad y objetividad de la actuación de la Administración.

- La garantía de los derechos e intereses de los administrados, pues la existencia de procedimientos formalizados de resolución permite a los interesados hacer valer esos derechos e intereses antes de que se adopten las decisiones. Esto es de gran importancia por las limitaciones que a la garantía jurisdiccional impone el privilegio de autotutela del que goza la Administración en nuestro Derecho. En este sentido, el artículo 105.c) de la Constitución establece que la ley regulará “el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.
- La democratización de la Administración pública, dado que a través del procedimiento los ciudadanos pueden participar en la elaboración de las disposiciones generales y resoluciones administrativas aportando sus sugerencias y puntos de vista. Se trata de una forma de participación directa de los administrados en la Administración, que en último término encuentra fundamento en el derecho fundamental a participar directamente en los asuntos públicos reconocido en el artículo 23.1 de la Constitución.

## **II. LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ÁMBITO DE APLICACIÓN**

### **1. RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS PARA LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

La regulación de un procedimiento administrativo unitario, de aplicación a todas las Administraciones públicas, es cometido que el legislador constituyente ha conferido al Estado, señalando en este sentido el artículo 149.1.18ª de la Constitución que es competencia exclusiva del Estado la regulación del “procedimiento administrativo común”. En consecuencia, y a diferencia de lo que sucede con el resto del régimen jurídico de las Administraciones públicas, extremo sobre el cual la competencia estatal se circunscribe a la formulación de bases, respecto del procedimiento administrativo la competencia estatal

es plena y no limitada al estricto nivel de bases.

Con todo, la competencia estatal para definir el régimen aplicable al procedimiento administrativo halla una primera modulación en la competencia autonómica para fijar la organización de su propio aparato administrativo, comprendida dentro de su genérica potestad de organización de sus instituciones de autogobierno, pues es evidente que dicha atribución ha de desplegar necesariamente una cierta incidencia sobre el procedimiento administrativo (por ejemplo, la determinación del órgano competente para entender de cada una de las fases o etapas de procedimiento). Por tal razón, la propia Constitución, luego de establecer la competencia estatal para fijar el régimen jurídico de procedimiento administrativo común, añade “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado igualmente que las normas procedimentales no pueden dejar de reflejar extremos ligados al régimen sustantivo aplicable al ámbito de que se trate, cuya definición puede corresponder a la respectiva Comunidad autónoma, por lo que ha de dejarse a salvo la posibilidad de la incidencia de las correspondientes normas autonómicas sobre la regulación del procedimiento administrativo en tales supuestos, como será el caso de la definición, por ejemplo, de los requisitos a acreditar para la obtención de una autorización y de la forma de proceder a dicha acreditación.

La Constitución, como se ha señalado, califica al procedimiento administrativo cuya regulación corresponde al Estado como “común”, expresión que, primariamente, implica su aplicación a la totalidad de las Administraciones públicas. Es precisamente esta aplicabilidad general la que constituye, desde una perspectiva material o sustantiva, el fundamento o la razón esencial del otorgamiento al Estado de la atribución para definir normativamente la regulación del procedimiento administrativo, pues por virtud de aquella se garantiza la existencia de trámites comunes a la totalidad de las organizaciones administrativas que aseguran la igualdad de trato de los administrados ante las mismas y facilitan y agilizan, al tiempo, su comunicación recíproca, para favorecer la eficacia administrativa.

## **2. CONTENIDO Y ESTRUCTURA DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

La materialización legal de tal competencia estatal se produce en la actualidad en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, que, junto con la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, ha venido a sustituir a la precedente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

El contenido de la ley puede sintetizarse atendiendo a su propia estructura en títulos:

- Título preliminar. En él se recogen las disposiciones generales de la ley, que abarcan su objeto y ámbito subjetivo de aplicación.
- Título I. Regula la figura de los interesados en el procedimiento, lo que incluye la capacidad de obrar ante las Administraciones públicas y el concepto de interesado, con el régimen de representación de éste en las actuaciones administrativas, y la identificación y firma de los interesados en el procedimiento administrativo.
- Título II. Bajo la rúbrica “De la actividad de las Administraciones Públicas” se recogen las normas generales de actuación de éstas, incluyendo el catálogo general de derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas (artículo 13) y otras muchas cuestiones (relaciones electrónicas con la Administración, lengua de los procedimientos, registros, archivo de documentos, colaboración de los particulares con la Administración, obligación de resolver los procedimientos y régimen de la falta de resolución expresa, régimen de los documentos administrativos y de los aportados por los administrados), además de la regulación de los términos y plazos administrativos.
- Título III. Se ocupa de los actos administrativos, comenzando por sus requisitos generales, para a continuación recoger el régimen de eficacia de los mismos, con la presunción general de validez y la regulación de su notificación y publicación, y acabar con la nulidad y la anulabilidad.

- Título IV. Se dedica a las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común propiamente dicho. En primer lugar, se desarrollan las garantías del procedimiento en forma de una tabla de derechos de los interesados; a continuación, se regula cada una de las fases del procedimiento (iniciación, instrucción y finalización); después, se articula la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común; finalmente, se trata la ejecución de los actos administrativos.
- Título V. Regula la revisión de los actos en vía administrativa, tanto de oficio como a través de los recursos administrativos.
- Título VI. Establece el régimen jurídico básico de ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones.

### **3. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN**

Desde la perspectiva de su ámbito objetivo, el artículo 1 de la Ley 39/2015 señala que “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”.

Así pues, la Ley 39/2015 asume un triple cometido:

- Regular los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos.
- Regular el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones públicas, incluyendo el sancionador y el de reclamación de responsabilidad patrimonial a aquéllas.
- Establecer los principios a los que se ha de ajustar el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria.

Como se puede observar, la regulación del procedimiento administrativo común no se reduce a la del procedimiento que ha de seguirse para la realización de la actividad

jurídica de la Administración (iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos). En esta competencia deben incluirse también los principios y normas que prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, y señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento (sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988), sin que, sin embargo, de ello pueda deducirse que forme parte de esta materia competencial toda regulación que de forma indirecta pueda tener alguna repercusión o incidencia en el procedimiento así entendido o cuyo incumplimiento pueda tener como consecuencia la invalidez del acto.

Asimismo, la Ley 39/2015 ha reforzado el carácter preceptivo y de aplicación directa, y no meramente supletoria en defecto de la regulación específica de cada procedimiento, de las normas sobre procedimiento administrativo común, al prever en su artículo 1.2 que sólo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en la Ley 39/2015. Todo ello sin perjuicio de que reglamentariamente puedan establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar.

La propia Ley 39/2015 se ocupa en su disposición adicional primera de los ámbitos en los que existen especialidades procedimentales por razón de la materia (procedimiento especiales, en oposición al procedimiento administrativo común o general), estableciendo que los procedimientos administrativos regulados en leyes especiales por razón de la materia que no exijan alguno de los trámites previstos en la Ley 39/2015 o regulen trámites adicionales o distintos se regirán, respecto de éstos, por lo dispuesto en dichas leyes especiales.

En particular, esta disposición señala que las siguientes actuaciones y procedimientos se regirán por su normativa específica y supletoriamente por lo dispuesto en la Ley 39/2015:

- Las actuaciones y procedimientos de aplicación de los tributos en materia

tributaria y aduanera, así como su revisión en vía administrativa.

- Las actuaciones y procedimientos de gestión, inspección, liquidación, recaudación, impugnación y revisión en materia de Seguridad Social y Desempleo.
- Las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería.
- Las actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo.

#### **4. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN**

El ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 39/2015 se define en su artículo 2. En principio, el apartado 1 del artículo prevé que la ley se aplicará a todo el llamado "sector público", que comprende:

- La Administración general del Estado.
- Las Administraciones de las Comunidades autónomas.
- Las entidades que integran la Administración local.
- El sector público institucional, definido en el apartado 2 del artículo 2.

Ahora bien, en realidad la Ley 39/2015 sólo se les aplica de manera general a los entes que, según el apartado 3 de su artículo 2, tienen la consideración de Administraciones públicas, es decir, a las Administraciones públicas territoriales (Administración general del Estado, Administraciones de la Comunidades autónomas y entidades locales) y a una parte del sector público institucional, los organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas.

En esta última categoría se engloban:

- En el ámbito estatal, acudiendo al catálogo de entidades del sector público institucional contenido en el artículo 84.1 de la Ley 40/2015, los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las autoridades administrativas

independientes y los consorcios, además de otras entidades de Derecho público dotadas de regímenes jurídicos especiales, como las agencias, en tanto subsistan bajo esta forma de personificación, las Autoridades Portuarias y Puertos del Estado, las Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, el Centro Nacional de Inteligencia o el Banco de España.

- En el ámbito de la Comunidad autónoma de Galicia, las entidades públicas instrumentales enunciadas en el artículo 45.a) de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, es decir, los organismos autónomos, las agencias públicas autonómicas, las entidades públicas empresariales y los consorcios autonómicos, además de, como en el caso estatal, otras entidades de Derecho público con regímenes jurídicos especiales, entre las que destaca el Servizo Galego de Saúde.

- En el ámbito de la Administración local, los organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales, regulados en el artículo 85 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, además de los consorcios locales.

En cambio, la aplicación de la Ley 39/2015 al resto del sector público institucional se ve matizada por los apartados 2 y 4 del artículo 2 de la ley en los términos siguientes:

- Las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas (fundamentalmente, sociedades mercantiles públicas y fundaciones del sector público) sólo quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de la Ley 39/2015 que específicamente se refieran a las mismas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

- Las Universidades públicas se registrarán por su normativa específica y sólo supletoriamente por las previsiones de la Ley 39/2015, a pesar de que indudablemente son entidades de Derecho público vinculadas a Administraciones públicas y desarrollan en exclusiva tareas públicas (la gestión del servicio público de la enseñanza superior universitaria).



- Las Corporaciones de Derecho público (es decir, las Corporaciones representativas de intereses económicos o profesionales del tipo de los colegios profesionales o las Cámaras oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación) se registrarán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración pública, y sólo supletoriamente por la Ley 39/2015.

Finalmente, hay que tener en cuenta también que la disposición adicional quinta de la Ley 39/2015 matiza que la actuación administrativa de los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo se registrará por lo previsto en su normativa específica, en el marco de los principios que inspiran la actuación administrativa de acuerdo con la Ley 39/2015. En definitiva, de ésta sólo se les aplican los principios inspiradores de la actuación administrativa.

### **III. GARANTÍAS DEL PROCEDIMIENTO**

#### **1. PRINCIPIOS GENERALES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

El examen doctrinal del procedimiento administrativo suele iniciarse señalando un conjunto de principios generales cuya virtualidad estriba en mostrar las grandes tendencias u orientaciones que mueven al legislador al definir la regulación concreta de dicha institución, evidenciando, por ello, aquéllos de modo especialmente gráfico la completa instrumentalidad de las concretas soluciones adoptadas en cuanto meros medios tendentes a aplicar o hacer efectivas grandes directrices políticas o administrativas en la regulación del actuar de la Administración.

La enumeración de los concretos principios generales que deben estimarse como tales varía de unos autores a otros, si bien existe un consenso general en torno a la necesaria concepción como tales de los que se enumeran a continuación.

- *Principio de legalidad*

A lo largo de la historia, el principio de legalidad se ha entendido de forma distinta. Así, en su planteamiento inicial, propio de la teoría francesa de separación de poderes en su sentido más estricto, la Administración se limitaba a una ejecución material del contenido legal sin que se apreciase margen alguno de voluntad o autonomía administrativa.

Posteriormente, la ejecución material de la ley se vinculó a la consecución de fines públicos, reconociéndose un marco de autonomía subjetiva de la Administración, pero dentro del límite marcado por la ley, de modo que la Administración podría realizar todo aquello que no se le prohibiera expresamente. Esta teoría se conoce como de vinculación negativa a la ley.

Actualmente, la teoría que prevalece es la de la vinculación positiva a la ley, en la que se reconoce un ámbito de actuación discrecional de la Administración pública, pero siempre dentro de unos parámetros legales, es decir, el obrar discrecional de la Administración sólo es posible dentro de la ley y cuando ésta expresamente lo permite, puesto que, de lo contrario hablaríamos de arbitrariedad y no de discrecionalidad administrativa.

En este sentido, el artículo 103.1 de la Constitución establece que “a 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”.

El principio de legalidad es, obviamente, el primero de los principios del procedimiento administrativo, como lo es del total actuar de la Administración. El procedimiento administrativo es, en consecuencia, y al tiempo, garantía de la legalidad administrativa y medio concreto para su aplicación en el actuar de la Administración.

#### *- Principio de impulso de oficio*

El procedimiento administrativo, como cualquier otro, aparece como un conjunto de actos cuya sucesión en el tiempo determina su avance desde su inicio hasta su terminación a través de sus distintas fases o etapas.

En consideración a los fines públicos que, por definición, todo procedimiento administrativo ha de perseguir, el legislador ha impuesto la vigencia de un principio de

impulso de oficio en su tramitación, de modo que es la propia Administración que tramita el procedimiento la que debe cuidar de oficio de que éste avance a través de sus distintas fases o etapas una vez que concurran los requisitos legales necesarios para ello, sin que tal carga corresponda a los administrados.

Tal principio se halla refrendado explícitamente a nivel positivo por el artículo 71.1 de la Ley 39/2015, que señala que el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites, de modo que terminada una de sus fases o etapas, la Administración debe necesariamente disponer lo necesario para la apertura de la que le siga, con independencia de la eventual omisión o inactividad de los interesados.

Con idéntico fundamento al impulso de oficio, es decir, la tutela de los intereses públicos que todo procedimiento administrativo ha de perseguir, la ley impone la oficialidad como principio inspirador de su tramitación, de modo que los trámites que lo integran, en la medida en que se revelen necesarios para alcanzar su fin, deben ser acordados y practicados de oficio por la Administración, con independencia de la actitud que adopten los eventuales interesados.

Así, el artículo 75.1 de la Ley 39/2015 dispone que “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”, añadiendo el artículo 77.2 que “cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes”.

#### *- Principio de tramitación electrónica*

Este principio es una importante novedad de la Ley 39/2015, que señala en su Preámbulo que “en el entorno actual, la tramitación electrónica no puede ser todavía una forma especial de gestión de los procedimientos sino que debe constituir la actuación habitual de

las Administraciones. Porque una Administración sin papel basada en un funcionamiento íntegramente electrónico no sólo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes a ciudadanos y empresas, sino que también refuerza las garantías de los interesados. En efecto, la constancia de documentos y actuaciones en un archivo electrónico facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados”.

Por consiguiente, las Administraciones públicas ya no cuentan con otros registros para la recepción de documentos que no sean los de carácter electrónico, lo que obliga a digitalizar cualquier documento presentado de manera presencial en la correspondiente oficina de asistencia en materia de registros, conforme a lo previsto por el artículo 16 de la Ley 39/2015. Asimismo, los expedientes administrativos pasan a tener únicamente formato electrónico (artículo 70.2), el procedimiento se impulsará a través de medios electrónicos (artículo 71.1) y los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia (artículo 36.1). De la misma manera, todas las notificaciones administrativas se pondrán a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante, sin perjuicio del derecho que éste pueda haber ejercido, en su caso, a solicitar que se le entreguen en papel (artículo 42.1).

#### *- Principio de contradicción*

Todo procedimiento administrativo debe tramitarse contradictoriamente, es decir, ponderando la totalidad de los intereses implicados y dando audiencia, a tal efecto, a sus eventuales titulares.

Como medios para garantizar la vigencia de tal principio puede enumerarse la posibilidad que el artículo 76.1 de la Ley 39/2015 confiere a los interesados de, previamente al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio, debiendo el órgano competente tomarlos en consideración al redactar la correspondiente propuesta de resolución, o la de participar en la práctica de las pruebas que el órgano instructor haya acordado, los términos del artículo 78.

No obstante, el medio esencial a través del cual se hace efectivo el principio de

contradicción en el procedimiento administrativo es, sin duda, el trámite de audiencia a que alude el artículo 82 de la Ley 39/2015, pues a través de éste el interesado puede hacer valer su posición una vez incorporados al procedimiento la totalidad de los elementos que el órgano competente habrá de ponderar para adoptar una decisión. Este trámite adquiere en nuestro Ordenamiento jurídico relevancia constitucional, pues el artículo 105.c) de la Ley fundamental prevé que la ley regulará “el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

También hay que destacar el reconocimiento del derecho de participación a través del trámite de información pública, regulado en el artículo 83 de la Ley 39/2015.

Ahora bien, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, la omisión de la regla de la contradicción sólo tiene una virtualidad anulatoria de la actividad administrativa en aquellos casos en que produce una minoración real o material del derecho de defensa del que tal principio es mera derivación, por lo que la mera omisión de trámites formales, como el propio trámite de audiencia, carecerá de tal eficacia invalidatoria a condición de que no haya causado una real y auténtica indefensión. Tal es la razón por la cual el apartado 4 del artículo 82 de la Ley 39/2015 señala que “se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”

#### *- Principio de celeridad*

Por consistir el procedimiento administrativo en una sucesión ordenada de actos en el tiempo, es evidente que en su tramitación ha de invertirse necesariamente un cierto lapso de tiempo. No obstante, y a fin de evitar innecesarias dilaciones que pudieran aplazar la satisfacción del interés público o general que el procedimiento debe necesariamente perseguir, el legislador ha impuesto un principio de celeridad en su tramitación, de manera que tal lapso sea exclusivamente el necesario para atender a la cumplimentación de los distintos trámites, sin dilaciones indebidas o innecesarias.

De este modo, el artículo 71.1 de la ley 39/2015 señala que el procedimiento se halla sometido al principio de celeridad. Para garantizar el cumplimiento de este principio, el

apartado 3 del mismo artículo hace a las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, a los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función directamente responsables de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos. Asimismo, el artículo 72 prevé que, de acuerdo con el principio de simplificación administrativa, se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo y no sea obligado su cumplimiento sucesivo, y que, cuando se soliciten los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, se consigne en la comunicación cursada el plazo legal establecido al efecto. En la misma línea, el artículo 74 establece que las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación. Por último, el artículo 75.2 dispone que las aplicaciones y sistemas de información utilizados para la instrucción de los procedimientos deberán garantizar, entre otros extremos, el control de los tiempos y plazos.

#### *- Principio de gratuidad*

Por regla general, el procedimiento administrativo es gratuito, es decir, no comporta la necesidad de pago alguno de cantidades a la Administración por su inicio o tramitación por parte de los interesados. De ahí que no se exijan en el procedimiento administrativo requisitos de postulación, pudiendo los interesados comparecer por sí mismos y sin necesidad de asistencia letrada.

Ello, no obstante, debe entenderse sin perjuicio de los derechos económicos devengados en favor de la Administración por actuaciones concretas realizadas a instancia e interés del administrado, como la expedición de copias o certificaciones de documentos, o la práctica de pruebas instadas por el interesado (artículo 78.3 de la Ley 39/2015).

#### *- Principio de legitimación*

Para promover la iniciación de un procedimiento administrativo o participar en uno ya iniciado es necesario alegar una relación especial con el objeto del mismo, salvo en los supuestos en que la ley reconoce a los ciudadanos la llamada “acción popular” o “acción pública”. Esa relación especial con el objeto del procedimiento consistirá en la titularidad

de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, individual o colectivo, que se pueda ver afectado por la resolución del procedimiento, en los términos establecidos por el artículo 4 de la Ley 39/2015, según el cual se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la ley reconozca.

Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.

*- Principio de imparcialidad*

El artículo 103.1 de la Constitución Española señala que la Administración sirve con objetividad los intereses generales. Tal directiva de objetividad, sin embargo, pudiera verse gravemente comprometida de tolerar la intervención en el procedimiento de funcionarios u otros agentes al servicio de la Administración cuando en éstos concurren circunstancias que humanamente pueden torcer su necesaria rectitud de juicio. A tal fin se instauran y disciplinan las causas de abstención y recusación, cuya finalidad o designio último es garantizar la imparcialidad del agente administrativo y, por ende, y en último término, la propia independencia de la Administración.

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 40/2015, las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas a

continuación se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente:

- Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.
- Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.
- Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Los órganos jerárquicamente superiores a quien se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el punto anterior podrán ordenarle que se abstengan de toda intervención en el expediente.

La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido, aunque la no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda. Por el contrario, el artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, establece que la actuación de los miembros de las Corporaciones locales en los casos en que concurra alguno de los motivos de abstención a que se refiere la



legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones públicas implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

El artículo 24 de la Ley 40/2015 prevé que, en los casos en que concurra algún motivo de abstención, podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda y se tramitará de la siguiente forma:

- En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior si se da o no en él la causa alegada.
- En el primer caso, si el superior aprecia la concurrencia de la causa de recusación, acordará su sustitución acto seguido.
- Si el recusado niega la causa de recusación, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que ponga fin al procedimiento.

- *Principio de antiformalismo*

Este principio implica que las normas de procedimiento deben ser interpretadas en el sentido más favorable para llegar a una resolución sobre el fondo del asunto. De esta manera, los requisitos formales en el procedimiento se reducirán al mínimo posible y se permitirá la subsanación de defectos y errores.

Además de lo previsto por el artículo 68 de la Ley 39/2015 sobre la subsanación y mejora de las solicitudes, el artículo 73.2 prevé con carácter general que “en cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo”, añadiendo el apartado 3 del

artículo que “a los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. No obstante, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo”.

*- Principios de transparencia y publicidad*

A estos principio alude expresamente el artículo 71.1 de la Ley 39/2015, cuando, después de señalar que el procedimiento, sometido al principio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, añade que esto se hará “respetando los principios de transparencia y publicidad”.

Dentro de dicho principio podemos encuadrar varios de los derechos subjetivos del interesado recogidos en el artículo 53 de la Ley 39/2015, que se analizarán a continuación, como son el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, el derecho a conocer el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo, el derecho a conocer el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución, el derecho a conocer los actos de trámite dictados, el derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los procedimientos, y el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

También puede considerarse una manifestación de los principios de transparencia y publicidad el deber que recae sobre el órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos de notificárselos a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos (artículo 40.1 de la Ley 39/2015).

## **2. DERECHOS DEL INTERESADO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

Además de los principios generales ya analizados, las garantías del procedimiento administrativo incluyen la lista de derechos del interesado recogida en el artículo 53 de la Ley 39/2015, que la configura como una enunciación abierta, pues no excluye

“cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes”.

*- Derechos de información y a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los procedimientos*

El primer grupo de derechos que el artículo 53 de la Ley 39/2015 reconoce en su letra a) al interesado en el procedimiento administrativo comprende los siguientes:

- Derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados.
- Derecho a conocer el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo.
- Derecho a conocer el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución (que debe ponerse en relación con el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos, reconocido en la letra b) del propio artículo 53 de la Ley 39/2015).
- Derecho a conocer los actos de trámite dictados.
- Derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los procedimientos. Téngase en cuenta que el artículo 82 de la Ley 39/2015, cuando regula el trámite de audiencia en el procedimiento administrativo, matiza que, a la hora de poner de manifiesto los procedimientos a los interesados, “se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre”, con lo que parece que serán de aplicación en este ámbito todas las limitaciones ya analizadas en relación con el derecho de acceso a la información pública, a pesar de que el régimen de esta ley en principio no es aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo.

Quienes se relacionen con las Administraciones Públicas a través de medios electrónicos, tendrán derecho a consultar todas estas informaciones en el Punto de Acceso General

electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso. Se entenderá cumplida la obligación de la Administración de facilitar copias de los documentos contenidos en los procedimientos mediante la puesta a disposición de las mismas en el Punto de Acceso General electrónico de la Administración competente o en las sedes electrónicas que correspondan.

*- Derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos*

El contenido de este derecho de identificación de las personas responsables de la tramitación debe ser precisado desde diversas perspectivas.

A lo que la norma alude es al deber de la Administración de facilitar al interesado, a su requerimiento, la identidad de los cargos públicos y funcionarios a los que les compete la responsabilidad de la tramitación de su expediente. La referencia que se hace a la tramitación de procedimientos debe interpretarse en sentido amplio, de modo que comprenda la realización de cualesquiera actuaciones por parte del funcionario o servidor público, den lugar o no a constancia documental. En el ámbito de las actuaciones no procedimentales o decisiones no procedimentalizadas (inspecciones, requerimientos, órdenes verbales, etc.). El derecho a la identificación entraña el deber correlativo de los funcionarios de facilitar su identidad a los interesados o destinatarios de la actuación administrativa, cuando sean requeridos para ello.

En otro orden de cosas, este derecho es esencial para poder ejercer la facultad legal de recusación reconocida a los interesados en los procedimientos administrativos por el artículo 24.1 de la Ley 40/2015, según el cual en los casos previstos en el artículo 23 podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. Asimismo, es igualmente esencial para poder solicitar que se exija responsabilidad disciplinaria a esas personas de acuerdo con lo previsto por los artículos 21.6, 73.2 y 76.2 de la Ley 39/2015, en caso de que incumplan su deber de adoptar las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de

procedimientos.

*- Derecho a no presentar documentos originales salvo que, de manera excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario*

Este derecho aparece reiterado, desde el punto de vista de la Administración, en el artículo 28.3 de la propia Ley 39/2015, que dispone que las Administraciones públicas no exigirán a los interesados la presentación de documentos originales, salvo que, con carácter excepcional, la normativa reguladora aplicable establezca lo contrario. En caso de que, excepcionalmente, deban presentar un documento original, tendrán derecho a obtener una copia autenticada de éste, como también reitera el artículo 28.4 de la ley. En realidad, las Administraciones Públicas están obligadas con carácter general, de acuerdo con el artículo 27.4, a expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los interesados y que se vaya a incorporar a un expediente administrativo.

Por último, señala el artículo 28.5 que, excepcionalmente, cuando la relevancia del documento en el procedimiento lo exija o existan dudas derivadas de la calidad de la copia, las Administraciones podrán solicitar de manera motivada el cotejo de las copias aportadas por el interesado, para lo que podrán requerir la exhibición del documento o de la información original. Estas copias aportadas por los interesados al procedimiento administrativo tendrán eficacia exclusivamente en el ámbito de la actividad de las Administraciones Públicas.

*- Derecho a no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas o que hayan sido elaborados por éstas*

Conforme al artículo 28.1 de la Ley 39/2015, los interesados deberán aportar al procedimiento administrativo los datos y documentos exigidos por las Administraciones Públicas de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable. Asimismo, los interesados podrán aportar cualquier otro documento que estimen conveniente.

Por el contrario, según el artículo 28, que reitera lo establecido en la letra d) del artículo

53, los interesados no estarán obligados a aportar documentos que hayan sido elaborados por cualquier Administración, con independencia de que la presentación de los citados documentos tenga carácter preceptivo o facultativo en el procedimiento de que se trate, siempre que el interesado haya expresado su consentimiento a que sean consultados o recabados dichos documentos. Se presumirá que la consulta u obtención es autorizada por los interesados, salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso. En ausencia de oposición del interesado, las Administraciones Públicas deberán recabar los documentos electrónicamente a través de sus redes corporativas o mediante consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto.

Cuando se trate de informes preceptivos ya elaborados por un órgano administrativo distinto al que tramita el procedimiento, éstos deberán ser remitidos en el plazo de diez días a contar desde su solicitud. Cumplido este plazo, se informará al interesado de que puede aportar este informe o esperar a su remisión por el órgano competente.

Asimismo, las Administraciones Públicas no requerirán a los interesados datos o documentos no exigidos por la normativa reguladora aplicable o que hayan sido aportados anteriormente por el interesado a cualquier Administración. A estos efectos, el interesado deberá indicar en qué momento y ante que órgano administrativo presentó los citados documentos, debiendo las Administraciones Públicas recabarlos electrónicamente a través de sus redes corporativas o de una consulta a las plataformas de intermediación de datos u otros sistemas electrónicos habilitados al efecto. Se presumirá que esta consulta es autorizada por los interesados, salvo que conste en el procedimiento su oposición expresa o la ley especial aplicable requiera consentimiento expreso, debiendo, en ambos casos, ser informados previamente de sus derechos en materia de protección de datos de carácter personal.

Excepcionalmente, si las Administraciones Públicas no pudieran recabar los citados documentos, podrán solicitar nuevamente al interesado su aportación.

- *Derecho a formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento*

*anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución*

Establece el artículo 76.1 de la Ley 39/2015 que los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución. En cuanto a la utilización de los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento jurídico, hay que ponerlo en relación con la regulación de la prueba en el procedimiento administrativo, recogida en los arts. 77 y 78 de la Ley 39/2015. El primero de estos preceptos dispone en su apartado tercero que el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

*- Derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar*

Este derecho, en realidad, no debería figurar en la lista del artículo 53, sino en la del artículo 13, ya que su ejercicio es previo a la iniciación del procedimiento administrativo e, incluso, puede no estar vinculado a la intención de presentar una solicitud que dé inicio a un procedimiento, sino a la de presentar una comunicación previa o declaración responsable.

El empleo acumulativo de los términos “información y orientación” así como la referencia a que una y otra puedan afectar a los “requisitos jurídicos o técnicos” de los proyectos o solicitudes, permite hablar de un auténtico derecho a recibir asesoramiento en la confección de los mencionados documentos por parte de los servicios directamente competentes en la materia en el ámbito de la respectiva Administración. Concebido en estos términos, habrá de coincidirse que el tipo de asesoramiento a que la ley parece referirse es algo bastante distinto y mucho más intenso y exigente que la información suministrada mediante repetición mecánica tras un mostrador y por una persona carente de la competencia técnica necesaria, de unas fórmulas estereotipadas o que constituyen

reproducción literal de las disposiciones legales aplicables al caso. Y, aunque este tipo de información sea digna de agradecer resulta claramente insuficiente. Cuestión diversa es la relativa a la viabilidad de preceptos como el que estamos comentando, que apuntan más a un modelo de Administración que coopera activamente con el ciudadano en el cumplimiento por este de sus obligaciones legales.

*- Derecho a actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses*

Este derecho se hallaba reconocido en el artículo 85.2 de la Ley 30/1992, que disponía que “los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses”, aunque no aparecía recogido en la lista del artículo 35. En cambio, la Ley 39/2015 sigue el criterio contrario, y no lo recoge ya entre las normas que regulan la participación de los interesados en el procedimiento administrativo, sino en la enunciación de los derechos de éstos.

*- Derecho a cumplir las obligaciones de pago a través de los medios electrónicos previstos en el artículo 98.2*

Este derecho es una novedad de la Ley 39/2015. De acuerdo con el artículo 98.2 al que se remite la letra h) del artículo 53, cuando de una resolución administrativa, o de cualquier otra forma de finalización del procedimiento administrativo prevista en la ley, nazca una obligación de pago derivada de una sanción pecuniaria, multa o cualquier otro derecho que haya de abonarse a la Hacienda pública, éste se efectuará preferentemente, salvo que se justifique la imposibilidad de hacerlo, utilizando alguno de los medios electrónicos siguientes:

- Tarjeta de crédito y débito.
- Transferencia bancaria.
- Domiciliación bancaria.
- Cualesquiera otros que se autoricen por el órgano competente en materia de Hacienda Pública.



Lo que aporta el artículo 53.h) es que, para el administrado, la utilización de estos medios de pago electrónicos es un derecho exigible directamente ante todas las Administraciones y organismos públicos y entidades a los que resulta de aplicación la Ley 39/2015.

## **BIBLIOGRAFÍA**

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 14ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de Procedimiento Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 16**

# **FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN Y TERMINACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL SILENCIO ADMINISTRATIVO. TÉRMINOS Y PLAZOS.**

## **TEMA 16. FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN Y TERMINACIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL SILENCIO ADMINISTRATIVO. TÉRMINOS Y PLAZOS.**

### **I. FASES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: INICIACIÓN, ORDENACIÓN, INSTRUCCIÓN Y TERMINACIÓN**

#### **1. REGULACIÓN LEGAL**

La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, regula en su título IV, rubricado "De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común", las garantías del procedimiento, la iniciación del procedimiento, la ordenación del procedimiento, la instrucción del procedimiento, la finalización del procedimiento, la tramitación simplificada de procedimiento administrativo común y la ejecución. Así pues, estos capítulos, menos el primero y el último, contienen la regulación legal de las distintas fases del procedimiento administrativo común.

Esta ley ha establecido también nuevos principios sobre la relación entre el procedimiento administrativo común o general, también denominado procedimiento no formalizado, y los procedimientos administrativos especiales o formalizados. En este sentido, su artículo 1.2 establece que sólo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en la propia Ley 39/2015. Reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar.

#### **2. INICIACIÓN**

##### *- Disposiciones generales*

Como es tradicional en la regulación del procedimiento administrativo en nuestro Ordenamiento jurídico, el artículo 54 de la Ley 39/2015 diferencia entre la iniciación de los procedimientos administrativos de oficio y a solicitud del interesado.

Con carácter previo al desarrollo de esas dos formas de iniciación, la Ley 39/2015 regula tres cuestiones: la información y actuaciones previas, las medidas provisionales y la acumulación de procedimientos.

De acuerdo con el artículo 55 de la Ley 39/2015, con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.

A pesar de que no se diga expresamente, esta información o actuaciones previas sólo son posibles en los procedimientos que se inician de oficio, porque en los que se inician a solicitud del interesado es la propia solicitud de éste la que pone en marcha el procedimiento, sin que la Administración tenga la posibilidad de valorar si conviene o no incoarlo.

En cuanto las medidas provisionales, son el equivalente en el ámbito administrativo a lo que en Derecho procesal se denominan medidas cautelares. El artículo 56 de la Ley 39/2015 distingue las que se adoptan una vez iniciado el procedimiento de las que se adoptan antes de la iniciación de éste:

- Las primeras son competencia del órgano administrativo responsable de resolver el procedimiento. Se pueden adoptar de oficio o a instancia de parte, pero siempre de forma motivada. Su finalidad es asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.
- La segundas son competencia del órgano responsable de iniciar o instruir el procedimiento. Se pueden adoptar de oficio o a instancia de parte, siempre de forma motivada, pero sólo en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, debiendo resultar necesarias y proporcionadas. Este tipo de medidas provisionales deberán ser confirmadas,

modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

Tanto en un caso como en el otro, las medidas provisionales que cabe acordar, en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, son las siguientes:

- Suspensión temporal de actividades.
- Prestación de fianzas.
- Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por éstas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.
- Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.
- El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.
- La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.
- Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.
- La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones públicas.
- Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

En todo caso, no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos

amparados por las leyes.

Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción, extinguiéndose cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

Por último, la acumulación de procedimientos se regula en el artículo 57 de la Ley 39/2015, que prevé que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer, de oficio o a instancia de parte, su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión, siempre que sea el mismo órgano quien deba tramitar y resolver el procedimiento. Contra el acuerdo de acumulación no procederá recurso alguno.

*- Iniciación del procedimiento de oficio por la Administración*

Se habla de iniciación de oficio cuando el procedimiento lo pone en marcha la Administración competente mediante un acto de trámite (y, por consiguiente, irrecurrible) que se suele denominar acuerdo de iniciación o de incoación del procedimiento.

De acuerdo con el artículo 58 de la Ley 39/2015, el acuerdo de iniciación o incoación se puede dictar:

- Por propia iniciativa del órgano competente para iniciar el procedimiento. Aclara el artículo 59 de la Ley 39/2015 que se entiende por propia iniciativa, la actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación.
- Como consecuencia de orden superior. Según el artículo 60 de la Ley 39/2015, se entiende por orden superior la emitida por un órgano administrativo superior jerárquico del competente para la iniciación del procedimiento.
- Por petición razonada de otros órganos. El artículo 61 de la Ley 39/2015 define

esta petición razonada como la propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el mismo y que ha tenido conocimiento de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento, bien ocasionalmente o bien por tener atribuidas funciones de inspección, averiguación o investigación. La petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento, si bien deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación.

- Por denuncia. Conforme al artículo 62 de la Ley 39/2015, denuncia es el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo. Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Administración. Cuando la denuncia invocara un perjuicio en el patrimonio de las Administraciones públicas, la no iniciación del procedimiento deberá ser motivada y se notificará a los denunciantes la decisión de si se ha iniciado o no el procedimiento. La presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento.

*- Inicio del procedimiento a solicitud del interesado*

A diferencia del caso anterior, en la iniciación del procedimiento a solicitud del interesado es un acto del particular (la solicitud) y no de la Administración el que pone en marcha el procedimiento con independencia de la voluntad de ésta. Así pues, la solicitud se puede definir como aquel acto del administrado en el que plantea una pretensión a la Administración que coloca a ésta en la obligación legal de resolver y notificar la resolución en el plazo establecido, tras tramitar el oportuno procedimiento. La pretensión contenida en la solicitud ha de estar fundada en Derecho, y en este sentido, el artículo 88.5 permite que se inadmitan sin necesidad de tramitar un procedimiento administrativo completo las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución.

No se deben confundir las solicitudes de los interesados que inician un procedimiento administrativo con las declaraciones responsables y comunicaciones a las que se refiere el artículo 69 de la Ley 39/2015. La diferencia radica en que éstas permiten el reconocimiento o ejercicio de un derecho, o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones públicas, sin dar lugar, pues, a la tramitación de un procedimiento que obligue a la Administración a dictar y a notificar la correspondiente resolución.

De acuerdo con el artículo 66.1 de la Ley 39/2015, el contenido mínimo necesario de toda solicitud que inicia un procedimiento administrativo es el siguiente:

- Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente.
- Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación. Adicionalmente, los interesados podrán aportar su dirección de correo electrónico y/o dispositivo electrónico con el fin de que las Administraciones públicas les avisen del envío o puesta a disposición de la notificación.
- Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.
- Lugar y fecha.
- Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación. Las oficinas de asistencia en materia de registros estarán obligadas a facilitar a los interesados el código de identificación si el interesado lo desconoce. Asimismo, las Administraciones públicas deberán mantener y actualizar en la sede electrónica correspondiente un listado con los códigos de identificación vigentes.

El artículo añade que cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de



personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa.

Asimismo, de las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados electrónicamente o en las oficinas de asistencia en materia de registros de la Administración, podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha y hora de presentación.

Aunque en el procedimiento administrativo rige con carácter general el principio antiformalista, la libertad de forma a la hora de redactar las solicitudes, respetando el contenido mínimo antes señalado, se ve matizada en tres supuestos:

- Las Administraciones públicas deberán establecer modelos y sistemas de presentación masiva que permitan a los interesados presentar simultáneamente varias solicitudes. Estos modelos, de uso voluntario, estarán a disposición de los interesados en las correspondientes sedes electrónicas y en las oficinas de asistencia en materia de registros de las Administraciones públicas. Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan.
- Cabe la posibilidad de establecer sistemas normalizados de solicitud, que podrán incluir comprobaciones automáticas de la información aportada respecto de datos almacenados en sistemas propios o pertenecientes a otras Administraciones u ofrecer el formulario cumplimentado, en todo o en parte, con objeto de que el interesado verifique la información y, en su caso, la modifique y complete.
- Cuando la Administración en un procedimiento concreto establezca expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, éstos serán de uso obligatorio por los interesados.

El principio antiformalista se manifiesta plenamente, en cambio, en las reglas sobre la subsanación y mejora de las solicitudes contenidas en el artículo 68 de la Ley 39/2015:

- Subsanación. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos que señala el artículo 66 u otros exigidos por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 39/2015. Siempre que no se trate de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, este plazo podrá ser ampliado prudencialmente, hasta cinco días, a petición del interesado o a iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales.

Como supuesto especial de subsanación, el apartado 4 del artículo 68 indica que, si alguno de los sujetos que están obligados a relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones públicas presenta su solicitud presencialmente, éstas requerirán al interesado para que la subsanen a través de su presentación electrónica. A estos efectos, se considerará como fecha de presentación de la solicitud aquella en la que haya sido realizada la subsanación.

- Mejora. En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquélla. De ello se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento.

### **3. ORDENACIÓN**

#### *- Concepto*

La ordenación no es una fase o un estado del procedimiento, sino una actividad o previsión legal de actuaciones, cuya finalidad es cumplimentar los requerimientos formales propios de cada una de las fases de aquél.

#### *- Expediente administrativo*

Elemento central de la ordenación del procedimiento es el expediente administrativo (hasta tal punto que es frecuente utilizar la expresión como sinónimo de procedimiento

administrativo), el cual aparece definido por primera vez en nuestro Derecho positivo en el artículo 70 de la Ley 39/2015. Según este precepto, se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.

De acuerdo con el principio de tramitación electrónica de los procedimientos que impone la Ley 39/2015, 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.

Cuando en virtud de una norma sea preciso remitir el expediente electrónico, se hará de acuerdo con lo previsto en el Esquema Nacional de Interoperabilidad y en las correspondientes Normas Técnicas de Interoperabilidad, y se enviará completo, foliado, autenticado y acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga. La autenticación del citado índice garantizará la integridad e inmutabilidad del expediente electrónico generado desde el momento de su firma y permitirá su recuperación siempre que sea preciso, siendo admisible que un mismo documento forme parte de distintos expedientes electrónicos.

Por último, el apartado 4 del artículo 70 de la Ley 39/2015 precisa que no formará parte del expediente administrativo la información que tenga carácter auxiliar o de apoyo, como la contenida en aplicaciones, ficheros y bases de datos informáticas, notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas, así como los juicios de valor emitidos por las Administraciones públicas, salvo que se trate de informes, preceptivos y facultativos, solicitados antes de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento. Esta previsión debe ponerse en conexión con el artículo 18.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que establece que se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes de acceso a la información pública referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en

notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas.

*- Impulso de oficio y orden de tramitación*

Un segundo elemento de la ordenación del procedimiento es el principio de impulso de oficio. Una vez iniciado el procedimiento, sea de oficio o a solicitud del interesado, el artículo 71.1 de la Ley 39/2015 ordena que sea impulsado de oficio en todos sus trámites y a través de medios electrónicos, respetando los principios de transparencia y publicidad.

Además, el mismo artículo establece en su apartado 2 que en el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia. La doctrina destaca que la fundamentación de esta regla se encuentra en los principios constitucionales de igualdad de los ciudadanos ante la ley y de interdicción de la arbitrariedad. Ahora bien, el incumplimiento de la misma no afecta a la validez de lo actuado, sino que dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria del infractor y, en su caso, será causa de remoción del puesto de trabajo.

El apartado 3 del artículo 71 de la Ley 39/2015 hace de las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función responsables directos de la tramitación del procedimiento y, en especial, del cumplimiento de los plazos establecidos.

*- Celeridad y concentración de trámites. Las cuestiones incidentales*

El artículo 71.1 de la Ley 39/2015 somete los procedimientos administrativos al principio de celeridad. Como una de las concreciones tanto de este principio como del de simplificación administrativa, el artículo 72 prevé que se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo y no sea obligado su cumplimiento sucesivo. Añade el apartado 2 del artículo que, al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo legal establecido al efecto.

Otra manifestación del principio de celeridad es la regla, recogida en el artículo 74 de la

Ley 39/2015, según la cual las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, con la única excepción de la recusación.

*- Cumplimiento de trámites por los interesados*

Una última regla de ordenación del procedimiento es la relativa al cumplimiento de trámites por los interesados que aparece en el artículo 73 de la Ley 39/2015. Este precepto establece un plazo general de diez días a partir del siguiente al de la notificación del correspondiente acto para la cumplimentación por los interesados de los trámites que deban realizar en los procedimientos administrativos, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto. Asimismo, se prevé que, en cualquier momento del procedimiento, cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo, en la línea de lo que establece el artículo 68.1 para la subsanación de las solicitudes.

La diferencia con este último caso, en el que la falta de subsanación provoca que al administrado se le tenga por desistido de su petición, es que la falta de cumplimentación en plazo de los trámites procedimentales solamente da lugar a que a los interesados se les pueda declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. Además, la actuación del interesado se admitirá y producirá sus efectos legales cuando se produzca antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.

#### **4. INSTRUCCIÓN**

*- Principios generales de la instrucción de los procedimientos administrativos*

Los actos de instrucción son aquellos actos de trámite que tienden a proporcionar al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución. En este sentido, el artículo 75.1 de la Ley 39/2015 señala que 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.

Así, salvo en los procedimientos formalizados en los que sus normas reguladoras imponen la realización preceptiva de determinados actos de instrucción, queda en manos del instructor decidir cuáles van a ser necesarios en cada procedimiento concreto, con la única excepción del trámite de audiencia y vista del expediente, del que sólo se puede prescindir en los supuestos tasados previstos por la Ley 39/2015.

El artículo 75 de ésta añade tres principios generales más sobre la instrucción de los procedimientos administrativos:

- Las aplicaciones y sistemas de información utilizados para la instrucción de los procedimientos deberán garantizar el control de los tiempos y plazos, la identificación de los órganos responsables y la tramitación ordenada de los expedientes, así como facilitar la simplificación y la publicidad de los procedimientos.
- Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más conveniente para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales.
- En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.

#### *- Alegaciones*

Las alegaciones de los interesados no son propiamente un acto de instrucción, aunque hay procedimientos formalizados en los que su normativa reguladora prevé la existencia de un trámite específico de alegaciones. En efecto, el artículo 76.1 de la Ley 39/2015, en coherencia con el correlativo derecho reconocido a los interesados en el artículo 53.1.e), establece que éstos podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.

La eficacia jurídica de tales alegaciones, documentos y elementos de juicio aparece definida en el segundo párrafo del artículo 76.1, que ordena que unos y otros sean tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución. Es decir, se obliga a la Administración a tomar en consideración esos elementos y a darles una respuesta razonada, aunque sea sucinta, pero, evidentemente, no a aceptar la pretensión del interesado que sustentan.

Como una variante especial de las alegaciones de los interesados, el apartado 2 del artículo 76 señala que en todo momento éstos podrán alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

#### *- Prueba*

El artículo 77.1 de la Ley 39/2015 dispone que los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil.

De acuerdo con el principio de oficialidad, el artículo 77.2 de la Ley 39/2015 prevé que, cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes. Asimismo, cuando lo considere necesario, el instructor, a petición de los interesados, podrá decidir la apertura de un período extraordinario de prueba por un plazo no superior a diez días.

El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

En cuanto a la valoración de las pruebas, el artículo 77 contiene tres previsiones en sus

apartados 5, 6 y 7:

- Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario.
- Cuando la prueba consista en la emisión de un informe de un órgano administrativo, organismo público o entidad de derecho público, se entenderá que éste tiene carácter preceptivo.
- Cuando la valoración de las pruebas practicadas pueda constituir el fundamento básico de la decisión que se adopte en el procedimiento, por ser pieza imprescindible para la correcta evaluación de los hechos, deberá incluirse en la propuesta de resolución.

La práctica de las pruebas en el procedimiento administrativo está regulada en el artículo 78 de la Ley 39/2015 de acuerdo con el principio de contradicción. Así, la Administración tendrá que comunicar a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas. En la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan.

Por último, como excepción al principio general de gratuidad de la participación de los administrados en los procedimientos administrativos, el apartado 3 del artículo 78 prevé que en los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba. La liquidación de los gastos se practicará uniendo los comprobantes que acrediten la realidad y cuantía de los mismos.

#### *- Informes*

De acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en el procedimiento administrativo los informes son declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente



cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto. No han de confundirse con la pruebas periciales que se practiquen por órganos administrativos.

Establece el artículo 79 de la Ley 39/2015 que, a efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos; asimismo, en la petición de informe se concretará el extremo o extremos acerca de los que se solicita. Los primeros son los informes preceptivos, mientras que a los segundos se los denomina facultativos. La omisión de un informe preceptivo constituye un vicio de nulidad, como subraya una jurisprudencia constante, especialmente cuando se trata de dictámenes preceptivos del Consejo de Estado.

A su vez, los informes preceptivos pueden ser vinculantes o no vinculantes. En el primer caso, la autoridad llamada a decidir está obligada a resolver en el sentido propuesto por el órgano consultivo, de cuyo informe no puede apartarse válidamente. Ahora bien, el hecho de que un informe no sea vinculante no significa, sin embargo, que carezca de todo valor. El artículo 35.1.c) de la Ley 39/2015 dispone que serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que se separen del dictamen de órganos consultivos, lo que significa que sólo cuando existan buenas razones que lo justifiquen pueden los órganos activos apartarse válidamente de los informes que hayan sido emitidos por los órganos consultivos.

Conforme al artículo 80.1 de la Ley 39/2015, salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.

En cuanto a la forma y plazo de emisión de los informes, el artículo 80.2 prevé que éstos serán emitidos a través de medios electrónicos, cumpliendo los requisitos generales de los documentos electrónicos administrativos que señala el artículo 26, en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor.

De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones, salvo cuando se trate de un informe preceptivo, en cuyo caso se podrá suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento en los términos establecidos en el artículo 22.1.d) (es decir, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos, sin que este plazo de suspensión pueda exceder en ningún caso de tres meses),

Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera emitido, se podrán proseguir las actuaciones.

El informe emitido fuera de plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución.

#### *- Audiencia y vista del expediente*

De acuerdo con el artículo 82 de la Ley 39/2015, instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, concediéndoseles un plazo no inferior a diez días ni superior a quince para alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. Para la vista del expediente se tendrán en cuenta las limitaciones previstas, en su caso, en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, previsión ésta que se contradice abiertamente con la disposición adicional primera de la propia Ley 19/2013, según la cual “la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo”.

Destacan GARCÍA DE ENTERRÍA Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ que el trámite de audiencia no es una reiteración de las previsiones del artículo 76.1 de la Ley 39/2015, que permite a los interesados aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio en cualquier momento del procedimiento. La funcionalidad del trámite de audiencia

es diferente y su contenido no se limita a asegurar la mera posibilidad de formular alegaciones, sino que va más allá, en la medida en que pretende facilitar al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente y permitirle, consiguientemente, realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses con base en lo actuado en el procedimiento. El único acto de instrucción que ordinariamente puede realizarse después del trámite de audiencia y vista del expediente es la solicitud del informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico o a la solicitud del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento.

Como ya se ha dicho, el trámite de audiencia y vista del expediente es, en los procedimientos administrativos no formalizados, es decir, en aquellos que carecen de una regulación específica que imponga la realización preceptiva de determinados actos de instrucción, el único acto de instrucción cuya práctica no es disponible para el órgano instructor, sino que tiene que llevarse a cabo necesariamente, salvo en el supuesto en que la Ley 39/2015 lo exceptúa de manera expresa: cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado. También contempla la ley que si antes del vencimiento del plazo de audiencia los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

Este carácter preceptivo del trámite de audiencia y vista y su condición de garantía esencial y primaria de los interesados justifica, en principio, que su omisión se considere habitualmente como causa de anulabilidad de la resolución final. Debe tenerse presente, sin embargo, que la regla de medida de todos los vicios de procedimiento radica en la indefensión que de ellos pueda resultar para los afectados. Si la omisión del trámite no ha llegado a producir una indefensión real y efectiva, no simplemente formal o aparental, del interesado y, por otra parte, puede demostrarse que la decisión final hubiera tenido que ser la misma en todo caso, lo procedente será prescindir del vicio formal y resolver el fondo de la cuestión debatida en aplicación del principio de economía procesal. En este sentido es explícita la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

*- Información pública*

A diferencia del trámite de audiencia, el de información pública no es preceptivo, salvo que las normas de los diferentes sectores de la actividad administrativa lo impongan. En este sentido, el artículo 83.1 de la Ley 39/2015 establece que el órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá acordar un período de información pública.

El trámite se practica publicando un anuncio en el diario oficial correspondiente, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el expediente, o la parte del mismo que se acuerde. El anuncio señalará el lugar de exhibición, debiendo estar en todo caso a disposición de las personas que lo soliciten a través de medios electrónicos en la sede electrónica correspondiente, y determinará el plazo para formular alegaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a veinte días.

Aclara, asimismo, el artículo 83 que la incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento.

La comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por sí misma, la condición de interesado, pero el tratamiento que la Administración debe dar a las alegaciones u observaciones que se formulen a través del mismo es sustancialmente idéntico al reservado a las alegaciones de los interesados; señala al respecto el artículo 83.3 de la Ley 39/2015 en su párrafo segundo que quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

Por último, el apartado 4 del artículo 83 añade que, conforme a lo dispuesto en las leyes, las Administraciones públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de las personas, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley en el procedimiento en el que se dictan los actos administrativos.

## **5. TERMINACIÓN**

### *- Formas de terminación*

El artículo 84 de la Ley 39/2015 enuncia las siguientes formas de terminación del procedimiento administrativo: la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad. Además, también producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas.

De estas formas de terminación, doctrinalmente se considera que la resolución es la forma normal de terminación, mientras que las demás son formas anormales o anticipadas, aunque también se deberán formalizar mediante el correspondiente acto administrativo expreso, que, según el artículo 21.1, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.

### *- Terminación convencional*

A parte de las formas de terminación del procedimiento que, como se ha dicho, se formalizan mediante un acto administrativo, la Ley 39/2015, siguiendo la línea de su predecesora la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, contempla en su artículo 86 la posibilidad de terminación convencional de los procedimientos administrativos. Según la mayoría de la doctrina, las previsiones de este artículo no son de aplicación directa, sino que exigen que la terminación convencional venga expresamente admitida por la regulación del concreto procedimiento administrativo de que se trate, dado que se hace una remisión a "el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule".

La regulación de la terminación convencional que hace el artículo 86 de la Ley 39/2015 abarca dos modalidades distintas de acuerdos, pactos, convenios o contratos de las Administraciones públicas con personas tanto de Derecho público como privado:

- Aquellos que tienen la consideración de finalizadores de los procedimientos

administrativos, es decir, que sustituyen a la resolución propiamente dicha. De acuerdo con el artículo 114.1.d) de la propia Ley 39/2015, esta modalidad de acuerdos ponen fin a la vía administrativa.

- Aquellos que se insertan en los procedimientos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

En cualquier caso, se impone como requisito que dichos acuerdos, pactos, convenios o contratos no sean contrarios al Ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado las Administraciones públicas.

En cuanto a su contenido mínimo, el apartado 2 del artículo 86 señala el siguiente: identificación de las partes intervinientes, ámbito personal, funcional y territorial, y plazo de vigencia.

Por lo que respecta a los requisitos formales, el artículo 86 señala que:

- Deberán publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.
- Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros u órgano equivalente de las Comunidades autónomas los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

Finalmente, el apartado 4 del artículo aclara que los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos, ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

#### *- Resolución*

La resolución se puede definir como el acto administrativo que pone fin al procedimiento resolviendo sobre el fondo del asunto planteado en el mismo. Como ya se ha dicho, es el modo normal de terminación de los procedimientos administrativos, pues, como establece el artículo 88.5 de la Ley 39/2015, en ningún caso podrá la Administración abstenerse de

resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, sin perjuicio de la posibilidad de acordar la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento (prohibición del “non liquet”).

En todos aquellos procedimientos en que la competencia para instruir y resolver no recaiga en un mismo órgano, la resolución vendrá precedida necesariamente por una propuesta de resolución formulada por el órgano instructor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 88.7 de la Ley 39/2015. Hay que hacer notar que la regulación especial de algunos procedimientos administrativos establece un grado de vinculatoriedad mayor o menor de la propuesta de resolución para el órgano competente para resolver el procedimiento, que verá limitada o incluso anulada su libertad para apartarse de ella a la hora de resolver.

El artículo 87 de la Ley 39/2015 contempla también la posibilidad de que, antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver decida, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias indispensables para resolver el procedimiento. No tendrán la consideración de actuaciones complementarias los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento.

El acuerdo de realización de actuaciones complementarias se notificará a los interesados, debiéndoseles conceder un plazo de siete días para formular las alegaciones que tengan por pertinentes tras la finalización de las mismas. Las actuaciones complementarias deberán practicarse en un plazo no superior a quince días. El plazo para resolver el procedimiento quedará suspendido hasta la terminación de las actuaciones complementarias.

En cuanto al contenido de la resolución, el artículo 88.1 de la Ley 39/2015 señala que ésta decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Ahora bien, cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente deberá ponerlo antes de manifiesto a aquéllos por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba.

En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste (principio de congruencia), sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial (prohibición de “reformatio in peius”) y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

Las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 35 de la propia Ley 39/2015, debiendo tenerse en cuenta que la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Sin perjuicio de la forma y lugar señalados por el interesado para la práctica de las notificaciones, la resolución del procedimiento se dictará electrónicamente y garantizará la identidad del órgano competente, así como la autenticidad e integridad del documento que se formalice mediante el empleo de alguno de los instrumentos previstos en la Ley 39/2015.

#### *- Desistimiento y renuncia*

La Ley 39/2015 regula, en primer lugar, en su artículo 93 el desistimiento de los procedimientos por la Administración. Para que sea posible, tienen que concurrir con carácter general tres requisitos:

- Que se trate de procedimientos iniciados de oficio.
- Que se motive la decisión de desistir.
- Que haya una previsión expresa en una norma con rango de ley que lo permita.

Cuestión distinta es el desistimiento y renuncia por los interesados regulados en el artículo 94. Ambos son modos anormales de terminación del procedimiento que se distinguen en que el desistimiento sólo afecta al procedimiento en el que se formula, por lo que no impide volver a presentar la misma solicitud y, por lo tanto, volver a iniciar el procedimiento, mientras que la renuncia afecta al derecho en el que se basa la solicitud,



de manera que impide de manera absoluta que el interesado pueda volver a iniciar otro procedimiento con la misma pretensión. Otra diferencia importante es que, como señala el artículo 94.1 de la Ley 39/2015, la renuncia a los derechos sólo es admisible cuando ello no esté prohibido por el Ordenamiento jurídico, mientras que el desistimiento siempre es posible.

Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia, siempre que incorpore las firmas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable.

En cuanto a sus efectos, hay que tener en cuenta que no siempre van a dar lugar a la terminación absoluta del procedimiento administrativo. Para empezar, si el escrito de iniciación del procedimiento se hubiera formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a aquellos que la hubiesen formulado. En la misma línea, el apartado 4 del artículo 94 ordena a la Administración que acepte de plano el desistimiento o la renuncia y declare concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento o renuncia. Asimismo, de acuerdo con el apartado 5 del artículo, si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento.

#### *- Caducidad*

En relación con la caducidad como forma anormal de terminación del procedimiento, lo primero que hay que advertir es que los artículos 84.1 y 95 de la Ley 39/2015 se refieren a la que se aplica a los procedimientos iniciados a solicitud del interesado cuando se paralizan por causa imputable a éste, y no a la que se produce en los procedimientos iniciados de oficio en que la Administración ejercita potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, cuando no se notifica resolución expresa en plazo, regulada por el artículo 25 de la ley.

Así, el artículo 95 de la Ley 39/2015 prevé que en los procedimientos iniciados a solicitud

del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del procedimiento. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándoselo al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes.

Ahora bien, esta forma de caducidad no podrá acordarse por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite, tal como, por lo demás, establece con carácter general el artículo 73.3 de la Ley 39/2015. Asimismo, podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento.

En cuanto a los efectos de la caducidad del procedimiento, previstos en el apartado 3 del artículo 95, en este caso sí que no hay diferencia entre la caducidad producida por causa imputable al interesado en los procedimientos iniciados a solicitud de éste y la que se aplica a los procedimientos iniciados de oficio en que la Administración ejercita potestades susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen cuando no se notifica resolución expresa en plazo, en virtud de la remisión expresa que el artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015 hace al precepto que estamos analizando. Así, la caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción. En los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.

## **6. TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN**

La Ley 39/2015 ha introducido en su artículo 96 la novedad de prever la posibilidad de la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común, para aquellos casos en que razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen.

La tramitación simplificada se puede acordar de oficio o a solicitud del interesado:

- En el primer supuesto, la Administración deberá notificárselo a los interesados y, si alguno de ellos manifestara su oposición expresa, deberá seguirse la tramitación ordinaria.
- En el segundo supuesto, si el órgano competente para la tramitación aprecia que no concurre alguna de las razones que permiten acudir a esta forma de tramitación, podrá desestimar la solicitud, en el plazo de cinco días desde su presentación, sin que exista posibilidad de recurso por parte del interesado. Transcurrido el mencionado plazo de cinco días se entenderá desestimada la solicitud.

En todo caso, aun después de acordada la tramitación simplificada, el órgano competente para la tramitación del procedimiento podrá acordar en cualquier momento del procedimiento anterior a su resolución continuar con arreglo a la tramitación ordinaria.

La aplicación de la tramitación simplificada tiene dos efectos sobre el procedimiento, recogidos en el apartado 6 el artículo 96:

- Plazo de resolución. Salvo que reste menos para su tramitación ordinaria, los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en treinta días, a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento.
- Simplificación de trámites. Sólo se practicarán los siguientes trámites:
  - Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado.



- Subsanción de la solicitud presentada, en su caso.
- Alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días.
- Trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado.
- Informe del servicio jurídico, cuando éste sea preceptivo.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial, cuando éste sea preceptivo.
- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma en los casos en que sea preceptivo. Desde que se solicite, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver. El órgano competente solicitará la emisión del dictamen en un plazo tal que permita cumplir el plazo de resolución del procedimiento. El dictamen podrá ser emitido en el plazo de quince días si así lo solicita el órgano competente. En todo caso, en el expediente que se remita al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, se incluirá una propuesta de resolución. Cuando el dictamen sea contrario al fondo de la propuesta de resolución, con independencia de que se atienda o no este criterio, el órgano competente para resolver acordará continuar el procedimiento con arreglo a la tramitación ordinaria, lo que se notificará a los interesados. En este caso, se entenderán convalidadas todas las actuaciones que se hubieran realizado durante la tramitación simplificada del procedimiento, a excepción del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente.
- Resolución.

Hay que tener en cuenta que, según el apartado 7 del artículo 96, en el caso de que un procedimiento exigiera la realización de un trámite no previsto en el apartado 6, deberá ser tramitado de manera ordinaria.

## **II. ESPECIAL REFERENCIA AL SILENCIO ADMINISTRATIVO**

### **1. OBLIGACIÓN DE RESOLVER**

El artículo 21.1 de la Ley 39/2015 proclama que la Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación.

Esta obligación tiene los siguientes matices:

- En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables.
- Se exceptúan de la obligación de dictar resolución expresa y notificarla los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de declaración responsable o comunicación a la Administración.

### **2. PLAZO MÁXIMO PARA NOTIFICAR LA RESOLUCIÓN EXPRESA**

- *Plazo específico de cada procedimiento y plazo por defecto*

Señala el artículo 21.2 de la Ley 39/2015 que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento, sin que pueda exceder de seis meses salvo que una norma con rango de ley establezca uno mayor o así venga previsto en el Derecho de la Unión Europea.

Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses.

- *Inicio del cómputo y suspensión del plazo*

Estos plazos se contarán:

- En los procedimientos iniciados de oficio, desde la fecha del acuerdo de iniciación.
- En los iniciados a solicitud del interesado, desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para su tramitación.

De acuerdo con el artículo 22.1 de la Ley 39/2015, el transcurso de estos plazos se puede suspender de manera facultativa en los siguientes casos:

- Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias o la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, por el del plazo concedido.
- Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de la Unión Europea, por el tiempo que medie entre la petición, que habrá de comunicarse a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también deberá serles comunicada.
- Cuando exista un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución de que se trate, desde que se tenga constancia de su existencia, lo que deberá ser comunicado a los interesados, hasta que se resuelva, lo que también habrá de ser notificado.
- Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses.
- Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

- Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 86 de la Ley 39/2015, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones, que se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados.
- Cuando para la resolución del procedimiento sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, lo que habrá de comunicarse a los interesados, hasta que la Administración tenga constancia del mismo, lo que también deberá serles comunicado.

En cambio, es preceptiva la suspensión del plazo en estos otros casos, recogidos en el apartado 2 del artículo 22:

- Cuando una Administración pública requiera a otra para que anule o revise un acto que entienda que es ilegal y que constituya la base para el que la primera haya de dictar en el ámbito de sus competencias, desde que se realiza el requerimiento hasta que se atienda o, en su caso, se resuelva el recurso interpuesto ante la jurisdicción contencioso administrativa. Deberá ser comunicado a los interesados tanto la realización del requerimiento, como su cumplimiento o, en su caso, la resolución del correspondiente recurso contencioso-administrativo.
- Cuando el órgano competente para resolver decida realizar alguna actuación complementaria de las previstas en el artículo 87, desde el momento en que se notifique a los interesados el acuerdo motivado del inicio de las actuaciones hasta que se produzca su terminación.
- Cuando los interesados promuevan la recusación en cualquier momento de la tramitación de un procedimiento, desde que ésta se plantee hasta que sea resuelta por el superior jerárquico del recusado.

*- Información del plazo*

El apartado 4 del artículo 21 obliga a las Administraciones públicas a informar a los

administrados de estos plazos en los términos siguientes:

- Con carácter general, las Administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas en el portal web, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos de su competencia, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.
- En cada procedimiento que tramiten, las Administraciones públicas informarán a los interesados del plazo máximo establecido para la resolución y notificación de los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Dicha mención se incluirá en la notificación o publicación del acuerdo de iniciación de oficio, o en la comunicación que se dirigirá al efecto al interesado dentro de los diez días siguientes a la recepción de la solicitud iniciadora del procedimiento en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para su tramitación. En este último caso, la comunicación indicará además la fecha en que la solicitud ha sido recibida por el órgano competente.

*- Responsabilidad del cumplimiento del plazo*

El apartado 6 del artículo 21 atribuye al personal al servicio de las Administraciones públicas que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como a los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver, la responsabilidad directa en el ámbito de sus competencias del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo. El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa aplicable.

*- Ampliación del plazo*

El apartado 5 del artículo 21 de la Ley 39/2015 dispone que cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran provocar el incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a



propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

Ahora bien, agotados los medios personales y materiales disponibles, el artículo 23 permite al órgano competente para resolver, a propuesta, en su caso, del órgano instructor o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, acordar de manera motivada la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación, no pudiendo ser éste superior al establecido para la tramitación del procedimiento. Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno.

### **3. SILENCIO ADMINISTRATIVO EN PROCEDIMIENTOS INICIADOS A SOLICITUD DEL INTERESADO**

#### *- La regla general del silencio positivo y sus excepciones*

De acuerdo con el artículo 24.1 de la Ley 39/2015, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo (silencio positivo).

Para que el silencio tenga carácter desestimatorio (silencio negativo), hace falta que lo establezca expresamente una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general.

Además, la propia Ley 39/2015 prevé los siguientes supuestos de silencio negativo:

- Procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución. Esta previsión es un error, porque la Ley orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, no establece la aplicación de la técnica del silencio negativo para los casos de omisión de la obligación de contestar en el plazo establecido, sino la posibilidad de impugnar la

omisión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

- Aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público.
- Aquellos que impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente.
- Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.
- Los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias anteriormente enumeradas.

- *Naturaleza jurídica del silencio administrativo*

El apartado 2 del artículo 24 distingue claramente la naturaleza jurídica del silencio según sea estimatorio (positivo) o desestimatorio (negativo):

- La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento (acto presunto).

Añade el apartado 4 del artículo que los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya expedido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido. Este certificado se expedirá de oficio

por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días desde que expire el plazo máximo para resolver el procedimiento. Sin perjuicio de lo anterior, el interesado podrá pedirlo en cualquier momento, computándose el plazo indicado anteriormente desde el día siguiente a aquél en que la petición tuviese entrada en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para resolver.

- En cambio, la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. Para la interposición del recurso administrativo en estos casos no se establece plazo preclusivo alguno (artículos 122.1, párrafo segundo, y 124.1, párrafo segundo, de la Ley 39/2015).

#### *- Resolución extemporánea*

La producción del silencio administrativo no dispensa en ningún caso a la Administración de su obligación de dictar y notificar resolución expresa, tal como se desprende el artículo 24.1 de la Ley 39/2015. Ahora bien, la obligación de dictar resolución expresa en estos supuestos se sujetará al siguiente régimen, previsto en el apartado 3 del artículo:

- En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. Si contradice el sentido del silencio, la doctrina y la jurisprudencia señalan que se estaría produciendo la revocación de un acto favorable o declarativo de derechos prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (que tendría que ser el de revisión de oficio o, en su caso, el de la declaración de lesividad del acto presunto y su posterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo), lo que provocaría la nulidad de pleno derecho de la resolución extemporánea.

- En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.

#### **4. FALTA DE RESOLUCIÓN EXPRESA EN PROCEDIMIENTOS INICIADOS DE OFICIO**

De acuerdo con el artículo 25.1 de la Ley 39/2015, en los procedimientos iniciados de oficio, al igual que en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, pero los efectos de la falta de resolución expresa varían según qué tipo de procedimiento se trate:

- En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.
- En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95, ya analizado. Obsérvese, por lo tanto, que no subsiste la obligación de resolver de forma expresa, frente a lo que dice de manera categórica el primer párrafo del artículo 25.1, porque lo hace imposible el archivo de las actuaciones.

En los procedimientos iniciados de oficio existe la peculiaridad, recogida en el apartado 2 del artículo 25, de que en los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

### **III. TÉRMINOS Y PLAZOS**

#### **1. OBLIGATORIEDAD DE TÉRMINOS Y PLAZOS**

Señala el artículo 29 de la Ley 39/2015 que los términos y plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos.

No obstante, el incumplimiento de los términos y plazos en los procedimientos administrativos produce efectos totalmente distintos según se trate de plazos de las actuaciones administrativas o de las actuaciones de los interesados:

- En el primer caso, el artículo 48.3 de la Ley 39/2015 establece que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, todo ello sin perjuicio de que el artículo 71.3 haga a las personas designadas como órgano instructor o, en su caso, los titulares de las unidades administrativas que tengan atribuida tal función responsables directos del cumplimiento de los plazos establecidos y del régimen especial aplicable al plazo máximo para resolver y notificar la resolución, que se acaba de analizar.
- En el segundo caso, en cambio, la consecuencia general del incumplimiento de los plazos es la pérdida del derecho al trámite correspondiente, en los términos previstos en el artículo 73.3 de la Ley 39/2015.

## **2. CÓMPUTO DE PLAZOS**

### *- Plazos expresados en horas*

Según el artículo 30.1 de la Ley 39/2015, salvo que por norma con rango de ley o en el Derecho de la Unión Europea se disponga otro cómputo, cuando los plazos se señalen por horas, se entiende que éstas son hábiles. Son hábiles todas las horas del día que formen parte de un día hábil.

Los plazos expresados por horas se contarán de hora en hora y de minuto en minuto desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate y no podrán tener una duración superior a veinticuatro horas, en cuyo caso se expresarán en días.

### *- Plazos expresados en días*

Señala el apartado 2 del artículo 30 la Ley 39/2015 que, siempre que por norma con rango de ley o en el Derecho de la Unión Europea no se exprese otro cómputo, cuando los

plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los sábados, los domingos y los declarados festivos.

Cuando los plazos se hayan señalado por días naturales por declararlo así una ley o por el Derecho de la Unión Europea, se hará constar esta circunstancia en las correspondientes notificaciones.

Los plazos expresados en días se contarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o la desestimación por silencio administrativo.

*- Plazos expresados en meses o años*

Por último, el apartado 4 del artículo 30 establece que si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo.

El plazo concluirá el mismo día en que se produjo la notificación, publicación o silencio administrativo en el mes o el año de vencimiento. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes.

En todo caso, cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

*- Días hábiles e inhábiles*

Como se ha visto, del apartado 2 del artículo 30 se desprende que son días inhábiles a efectos del cómputo de plazos los sábados, los domingos y los días declarados festivos, sin que, como establece el apartado 8 del artículo, esto determine por sí solo el funcionamiento de los centros de trabajo de las Administraciones públicas, la organización del tiempo de trabajo o el régimen de jornada y horarios de las mismas.

Para reforzar la seguridad jurídica en esta materia, el apartado 7 del artículo 30 ordena que la Administración general del Estado y las Administraciones de las Comunidades

autónomas, con sujeción al calendario laboral oficial, fijarán, en su respectivo ámbito, el calendario de días inhábiles a efectos de cómputos de plazos. El calendario aprobado por las Comunidades autónomas comprenderá los días inhábiles de las entidades locales correspondientes a su ámbito territorial, a las que será de aplicación. Estos calendarios deberán publicarse antes del comienzo de cada año en el diario oficial que corresponda, así como en otros medios de difusión que garanticen su conocimiento generalizado.

Por último, debe tenerse en cuenta la regla, recogida en el apartado 6 del artículo 30, de que cuando un día fuese hábil en el municipio o Comunidad autónoma en que residiese el interesado, e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil a efectos del cómputo de plazos en los procedimientos administrativos, con la excepción que a continuación se dirá para la presentación de documentos en los registros.

*- Cómputo de plazos en los registros*

Como complemento de todo lo anterior, el artículo 31.1 de la Ley 39/2015 prevé que cada Administración pública publicará los días y el horario en el que deban permanecer abiertas las oficinas que prestarán asistencia para la presentación electrónica de documentos, garantizando el derecho de los interesados a ser asistidos en el uso de medios electrónicos, esto último en los términos establecidos por el artículo 12 de la ley.

El registro electrónico de cada Administración u organismo se regirá a efectos de cómputo de los plazos por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que deberá contar con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar de modo accesible y visible.

El funcionamiento del registro electrónico se regirá por las siguientes reglas:

- Permitirá la presentación de documentos todos los días del año durante las veinticuatro horas.
- A los efectos del cómputo de plazo fijado en días hábiles, y en lo que se refiere al cumplimiento de plazos por los interesados, la presentación en un día inhábil se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente salvo que una norma permita expresamente la recepción en día inhábil.

Los documentos se considerarán presentados por el orden de hora efectiva en el que lo fueron en el día inhábil. Los documentos presentados en el día inhábil se reputarán anteriores, según el mismo orden, a los que lo fueran el primer día hábil posterior.

- El inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir las Administraciones públicas vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el registro electrónico de cada Administración u organismo. En todo caso, la fecha y hora efectiva de inicio del cómputo de plazos deberá ser comunicada a quien presentó el documento.

La sede electrónica del registro de cada Administración pública u organismo, determinará, atendiendo al ámbito territorial en el que ejerce sus competencias el titular de aquélla y al calendario previsto en el artículo 30.7, los días que se considerarán inhábiles a los efectos previstos en el artículo 31. Este será el único calendario de días inhábiles que se aplicará a efectos del cómputo de plazos en los registros electrónicos, sin que resulte de aplicación a los mismos lo dispuesto en el artículo 30.6.

### **3. AMPLIACIÓN Y REDUCCIÓN DE PLAZOS**

#### *- Ampliación de plazos*

El artículo 32 de la Ley 39/2015 permite con carácter general a la Administración, salvo precepto en contrario, conceder de oficio o a petición de los interesados una ampliación de los plazos establecidos que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. Hay que entender que se exceptúa de este régimen el plazo máximo para resolver y notificar la resolución, al que se aplican las previsiones ya estudiadas del artículo 23 de la ley. En todo caso, el acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados.

La ampliación de los plazos por el tiempo máximo permitido se aplicará en todo caso a los procedimientos tramitados por las misiones diplomáticas y oficinas consulares, así como a aquellos que, sustanciándose en el interior, exijan cumplimentar algún trámite en el extranjero o en los que intervengan interesados residentes fuera de España.



Tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate. En ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido. Los acuerdos sobre ampliación de plazos o sobre su denegación no serán susceptibles de recurso, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento.

Cuando una incidencia técnica haya imposibilitado el funcionamiento ordinario del sistema o aplicación que corresponda, y hasta que se solucione el problema, la Administración podrá determinar una ampliación de los plazos no vencidos, debiendo publicar en la sede electrónica tanto la incidencia técnica acontecida como la ampliación concreta del plazo no vencido.

#### *- Reducción de plazos*

También cabe la posibilidad contraria, es decir, que la Administración decida reducir los plazos ordinariamente previstos para la tramitación del procedimiento. A parte de lo establecido en relación con la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común en el artículo 96 de la Ley 39/2015, el artículo 33 de ésta contempla la llamada tramitación de urgencia, cuya aplicación al procedimiento, que se puede acordar de oficio o a petición del interesado cuando razones de interés público lo aconsejen, supone la reducción a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos.

No se admite recurso alguno contra el acuerdo que declare la aplicación de la tramitación de urgencia al procedimiento, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento.

### **BIBLIOGRAFÍA**

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 14ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

VV.AA.: *Estudios y comentarios sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tomo I*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Ministerio de la Presidencia, Madrid 1993.

## **TEMA 17.**

**LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS:  
CONCEPTO Y CLASES. REQUISITOS  
GENERALES. MATERIA RECURRIBLE,  
LEGITIMACIÓN Y ÓRGANO COMPETENTE.  
RECURSO DE ALZADA, DE REPOSICIÓN Y DE  
REVISIÓN.**

## **TEMA 17. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO Y CLASES. REQUISITOS GENERALES. MATERIA RECURRIBLE, LEGITIMACIÓN Y ÓRGANO COMPETENTE. RECURSO DE ALZADA, DE REPOSICIÓN Y DE REVISIÓN.**

### **I. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO Y CLASES**

#### **1. CONCEPTO**

El privilegio de ejecutividad de los actos administrativos y la consecuente presunción *iuris tantum* de validez de los mismos son privilegios apriorísticos, en el sentido de que no eximen a la Administración de una ulterior revisión de la legalidad de sus actos.

La revisión de los actos administrativos ilegales puede ser provocada:

- Por los particulares, a través de los denominados recursos administrativos y, posteriormente, a través del recurso contencioso-administrativo.
- Por la propia Administración autora del acto, a través de la llamada revisión de oficio y de la declaración de lesividad.

En este sentido, los recursos administrativos son el instrumento a través del cual el interesado puede solicitar ante la Administración la revisión de sus resoluciones y actos administrativos. El hecho de que el enjuiciamiento y la resolución se atribuya a la propia Administración autora del acto es una manifestación de sus facultades de autotutela.

Podemos establecer las siguientes diferencias de los recursos administrativos con figuras afines:

- Recurso y solicitud: el recurso tiene una finalidad impugnatoria, mientras que la solicitud se dirige a que se dicte un acto nuevo.
- Recurso y queja: la queja, a diferencia del recurso, no persigue la revocación de un acto administrativo, sino únicamente que se corrijan los defectos de tramitación, en especial los que supongan paralización de los plazos preceptivamente señalados u omisión de trámites que puedan subsanarse antes de la resolución definitiva del asunto. En este sentido, señala el artículo 76.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, que "en todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente

señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto”.

- Recurso y reclamación: la reclamación se interpone contra un acto de trámite, mientras que el recurso se interpone contra un acto definitivo o contra un acto de trámite cualificado (que ponga fin al procedimiento o produzca indefensión).

El recurso administrativo tiene una doble función: instrumento al servicio del interesado para solicitar la revisión de una actuación que considera perjudicial y contraria a Derecho, y trámite necesario para el ulterior acceso al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en cuanto este acceso requiere el agotamiento de la vía administrativa.

Por ello, la naturaleza de los recursos administrativos puede determinarse desde dos puntos de vista:

- Por un lado, supone una carga para el administrado, ya que en nuestro sistema administrativo la impugnación en vía administrativa es en muchos casos el presupuesto de la impugnación procesal.
- Por otro lado, supone una garantía para el administrado, universal en cuanto a su objeto, pero limitada en cuanto a su estructura y configuración técnica por dos razones:
  - Estructuralmente, por la doble condición que ostenta la Administración de juez y parte.
  - Técnicamente, por la fugacidad de los plazos de interposición y la regla general de no suspensión de los actos administrativos impugnados.

## **2. CLASES**

Habitualmente se suele efectuar la siguiente clasificación de los recursos:

- Recursos ordinarios: son aquellos que se pueden interponer en principio contra cualquier resolución administrativa o acto de trámite cualificado y en los que se puede plantear cualquier causa de anulabilidad o nulidad. Incluyen el recurso de alzada y el de reposición.
- Recursos extraordinarios: se presentan contra actos firmes en vía administrativa, contra los que no se pueden interponer los recursos ordinarios, y sólo se pueden

amparar en los motivos expresamente señalados en la ley, como el recurso de revisión.

- Recursos especiales: son recursos administrativos que sustituyen a los ordinarios en ámbitos materiales específicos, como las reclamaciones económico-administrativas o el recurso administrativo especial en materia de contratación.

Debe tenerse en cuenta también que el artículo 112.2 de la Ley 39/2015 permite que las leyes sustituyan tanto el recurso de alzada como el de reposición, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. Estos procedimientos alternativos a los recursos ordinarios deberán respetar en todo caso los principios, garantías y plazos que la Ley 39/2015 reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo. Además, la aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la ley.

Otra forma de impugnación administrativa, sustitutiva de los recursos administrativos en los litigios entre Administraciones públicas, es la recogida en el artículo 44 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. En dicho precepto se dispone que en los litigios entre Administraciones públicas no cabrá interponer recursos en vía administrativa; lo que puede haber es un requerimiento para que se derogue, anule, revoque, cese o modifique esa actuación administrativa. A un caso particular de este tipo de requerimientos se refiere el artículo 39.5 de la Ley 39/2015, al señalar que, cuando una Administración pública tenga que dictar, en el ámbito de sus competencias, un acto que necesariamente tenga por base otro dictado por una Administración pública distinta y aquélla entienda que es ilegal, podrá requerir a ésta previamente para que anule o revise el acto y, de rechazar el requerimiento, podrá interponer recurso contencioso-administrativo. En estos casos, queda suspendido el plazo para dictar resolución en el procedimiento, como también indica el artículo 22.2.a) de la ley.

La imposibilidad de que existan recursos administrativos entre Administraciones públicas puede tener su fundamento en el hecho de que estas están situadas en un plano no jerárquico, por lo que lo que procede no es un recurso, sino un requerimiento. Se parte así de un esquema conceptualmente similar a los conflictos constitucionales de competencia. De hecho, la regulación de su tramitación es muy similar.

Así, el requerimiento recogido en ese artículo es de carácter potestativo y puede presentarse en el plazo de dos meses desde el conocimiento de la actuación administrativa cuestionada, la Administración receptora tiene un mes para resolverlo y luego existen dos meses para acudir al contencioso-administrativo, plazo éste último que, según el artículo 46.6 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, rige con indiferencia respecto de si hubo o no respuesta al requerimiento.

Finalmente, hay que hacer notar que el artículo 44.4 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa deja expresamente a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local (artículos 63 a 68 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, y en los artículos 216 a 220 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia).

## **II. REQUISITOS GENERALES**

Los principios generales aplicables a los recursos administrativos se encuentran contenidos en la sección 1ª del capítulo II del título V de la Ley 39/2015, que establece las especialidades del procedimiento administrativo aplicable en fase de recurso.

### **1. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

#### *- Interposición del recurso*

De acuerdo con el artículo 115.1 de la Ley 39/2015, la interposición del recurso deberá expresar:

- El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo.
- El acto que se recurre y la razón de su impugnación.
- Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.

- Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige y su correspondiente código de identificación.

En aplicación del principio antiformalista, el apartado 2 del artículo 115 recoge la regla tradicional de que el error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.

Asimismo, se mantiene en el apartado 3 la regla igualmente tradicional de que los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado (“*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”). Obsérvese, sin embargo, que esta regla sólo es aplicable a los vicios de anulabilidad, no a los que determinan la nulidad de pleno Derecho del acto administrativo.

#### - *Causas de inadmisión*

La Ley 39/2015 enuncia en su artículo 116 las causas de inadmisión del recurso administrativo, que permiten a la Administración rechazarlo *in limine*, sin necesidad de tramitar el procedimiento completo:

- Ser incompetente el órgano administrativo, cuando el competente perteneciera a otra Administración pública. En este caso, el recurso deberá remitirse al órgano competente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (“el órgano administrativo que se estime incompetente para la resolución de un asunto remitirá directamente las actuaciones al órgano que considere competente, debiendo notificar esta circunstancia a los interesados”).
- Carecer de legitimación el recurrente.
- Tratarse de un acto no susceptible de recurso.
- Haber transcurrido el plazo para la interposición del recurso.
- Carecer el recurso manifiestamente de fundamento.

#### - *Suspensión de la ejecución*

En nuestro Ordenamiento jurídico, la regla general, recogida en el artículo 117.1 de la Ley 39/2015, es que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto



impugnado. No obstante, cabe obtener la suspensión como medida cautelar en los términos que establece el artículo mencionado:

- Órgano competente. La competencia para acordar la suspensión de los actos impugnados corresponde al órgano a quien compete resolver el recurso.
- Requisitos. Para decidir sobre la suspensión, el órgano competente tiene que valorar dos elementos:
  - Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación, o bien que la impugnación de acto se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015.
  - Ponderar, de manera suficientemente razonada, el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido.
- Procedimiento. La suspensión puede decidirse de oficio o a solicitud del recurrente. En este último supuesto, según el artículo 117.3 de la Ley 39/2015, la ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurrido un mes desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el registro electrónico de la Administración u organismo competente para decidir sobre la misma, el órgano a quien compete resolver el recurso no ha dictado y notificado resolución expresa al respecto. En estos casos no será de aplicación lo establecido en el artículo 21.4, segundo párrafo, de la Ley 39/2015, sobre información a los interesados del plazo máximo establecido para la resolución de los procedimientos y para la notificación de los actos que les pongan término, así como de los efectos que pueda producir el silencio administrativo.
- Contramedidas cautelares. El apartado 4 del artículo 117 prevé que, al dictarse el acuerdo de suspensión, podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado. Asimismo, se añade que, cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquella sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos, en los términos establecidos reglamentariamente.

- Duración de la suspensión. La suspensión no puede ser indefinida en el tiempo, extendiéndose en principio sólo a la vía administrativa de recurso. No obstante, el artículo 117.4, párrafo tercero, matiza que la suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando, habiéndolo solicitado previamente el interesado, exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud.
- Publicación de la suspensión. Por último, el apartado 5 del artículo 117 establece que, cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en que aquél se insertó.

## **2. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

En la fase de instrucción, el procedimiento del recurso administrativo presenta importantes particularidades en relación con el trámite de audiencia y vista del expediente, recogidas en el artículo 118 de la Ley 39/2015. Así, este trámite sólo se dará cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, en cuyo caso éstos se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes.

Aclara a este respecto el apartado 3 del artículo que el propio recurso, los informes y las propuestas no tienen el carácter de documentos nuevos a estos efectos. Tampoco lo tendrán los que los interesados hayan aportado al expediente antes de recaer la resolución impugnada.

Asimismo, el artículo 118 de la Ley 39/2015 establece que no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho. Tampoco podrá solicitarse la práctica de pruebas cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado.

Por el contrario, si hubiera otros interesados se les dará, en todo caso, traslado del recurso para que en el plazo arriba mencionado aleguen cuanto estimen procedente, pues, de otra forma, se les produciría indefensión.

### **3. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

De acuerdo con el principio de servicio objetivo por la Administración de los intereses generales que proclama el artículo 103.1 de la Constitución, el órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. Ahora bien, en este último caso el artículo 119.3 de la Ley 39/2015 impone tres requisitos: que se oiga previamente a los interesados, para evitar que se les produzca indefensión, que la resolución sea congruente con las peticiones formuladas por el recurrente (principio de congruencia) y que en ningún caso se agrave la situación inicial de éste (prohibición de *reformatio in peius*).

En cuanto al contenido de la resolución del recurso, el artículo 119.1 de la Ley 39/2015 establece que ésta estimará en todo o en parte o desestimarán las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión. No obstante, matiza el apartado 2 del artículo citado que, cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo, se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido, sin perjuicio de que eventualmente pueda acordarse la convalidación de actuaciones por el órgano competente para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 de la propia Ley 39/2015.

El artículo 120 de la Ley 39/2015 permite al órgano competente para resolver acordar la suspensión del plazo para esto último cuando deban resolverse una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto administrativo y se hubiera interpuesto un recurso judicial contra una resolución administrativa o bien contra el correspondiente acto presunto desestimatorio, hasta que recaiga pronunciamiento judicial.

El acuerdo de suspensión deberá ser notificado a los interesados, quienes podrán recurrirlo. La interposición del correspondiente recurso por un interesado no afectará a los restantes procedimientos de recurso que se encuentren suspendidos por traer causa del mismo acto administrativo.

Recaído el pronunciamiento judicial, será comunicado a los interesados y el órgano administrativo competente para resolver podrá dictar resolución sin necesidad de realizar ningún trámite adicional, salvo el de audiencia, cuando proceda.

### **III. MATERIA RECURRIBLE, LEGITIMACIÓN Y ÓRGANO COMPETENTE**

De conformidad con el artículo 112.1 de la Ley 39/2015 constituyen el objeto de los recursos de alzada y potestativo de reposición:

- Las resoluciones.
- Los actos de trámite, en los siguientes casos (actos de trámite cualificados):
  - Si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.
  - Si determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento.
  - Si producen indefensión.
  - Si producen perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos.

Estos recursos se podrán fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015.

Añade el apartado 3 del artículo 112 que contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa. No obstante, a continuación este precepto admite el recurso indirecto contra reglamentos, pues señala que los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

Por su parte, el artículo 113 establece que el recurso extraordinario de revisión procede contra los actos firmes en vía administrativa cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 125.1.

En cuanto a la legitimación para interponer los recursos administrativos, del artículo 112.1 de la Ley 39/2015 se desprende que en principio corresponde a quienes ostentan la condición jurídica de interesado. De acuerdo con el artículo 7 de la ley, esta condición corresponde:

- A quienes promuevan el procedimiento administrativo como titulares de derechos

o intereses legítimos individuales o colectivos.

- A los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- A aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Hay que tener en cuenta que la legitimación para recurrir en vía administrativa no depende de que se haya participado efectivamente en el procedimiento seguido para dictar la resolución o acto que se pretende impugnar, sino de que se cumplan las condiciones para ostentar la condición de interesado en dicho procedimiento, conforme a lo que se acaba de indicar.

Por último, sobre los órganos competentes para resolver los recursos administrativos existen reglas específicas para cada tipo de recurso. En el recurso de alzada, el competente para resolver es el órgano superior jerárquico al que ha dictado el acto recurrido; en los de reposición y revisión, el mismo que lo ha dictado.

#### **IV. RECURSO DE ALZADA, DE REPOSICIÓN Y DE REVISIÓN**

##### **1. RECURSO DE ALZADA**

###### *- Naturaleza jurídica*

El recurso de alzada se basa en la organización jerárquica de la mayoría de las Administraciones públicas. En este tipo de organización, a los órganos superiores les corresponde dirigir y controlar la actividad de los inferiores, y una de las manifestaciones de esta competencia es la posibilidad de que los primeros anulen, revoken o reformen los actos dictados por los segundos. Así pues, el recurso de alzada se caracteriza por que lo resuelve el órgano superior jerárquico de aquel que dictó el acto impugnado.

Asimismo, el recurso de alzada constituye el medio normal de apurar la vía administrativa y lograr que una resolución cause estado, permitiendo el acceso a la tutela del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

###### *- Objeto*

De acuerdo con el artículo 121.1 de la Ley 39/2015, las resoluciones y actos a que se

refiere el artículo 112.1 podrán ser recurridos en alzada cuando no pongan fin a la vía administrativa.

Señala el artículo 114.1 de la Ley 39/2015 que ponen fin a la vía administrativa, con lo que no podrán ser objeto de recurso de alzada:

- Las resoluciones de los recursos de alzada.
- Las resoluciones de los procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje sustitutivos de los recursos de alzada y de reposición a que se refiere el artículo 112.2 de la Ley 39/2015.
- Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.
- Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.
- La resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive.
- La resolución de los procedimientos complementarios en materia sancionadora a los que se refiere el artículo 90.4 de la Ley 39/2015.
- Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.

El propio artículo 114 de la Ley 39/2015 desarrolla en su apartado 2 esta última previsión para la Administración general del Estado, de manera que en el ámbito estatal ponen fin a la vía administrativa los actos y resoluciones siguientes:

- Los actos administrativos de los miembros y órganos del Gobierno.
- Los emanados de los Ministros y los Secretarios de Estado en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas los órganos de los que son titulares.
- Los emanados de los órganos directivos con nivel de Director general o superior, en relación con las competencias que tengan atribuidas en materia de personal.
- En los organismos públicos y entidades derecho público vinculados o dependientes de la Administración general del Estado, los emanados de los máximos órganos de

dirección unipersonales o colegiados, de acuerdo con lo que establezcan sus estatutos, salvo que por ley se establezca otra cosa.

Por su parte, en nuestra Comunidad autónoma, la materia aparece regulada en el artículo 4 de la Ley 6/2001, de 29 de junio, de adecuación de la normativa de la Comunidad autónoma de Galicia a la Ley 1/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, según el cual ponen fin a la vía administrativa, salvo que por ley especial se establezca lo contrario, las resoluciones de los órganos siguientes:

- Las del Consello de la Xunta, las de su Presidente y las de sus comisiones delegadas.
- Las de los Conselleiros.
- Las de los Secretarios generales y Directores generales en materia de personal.
- Las de los órganos superiores de gobierno de organismos autónomos y de los entes públicos cuando ejercitan competencias administrativas.
- Las de las demás autoridades cuando así lo establezca una disposición legal o reglamentaria.

En el ámbito local debe tomarse en consideración el artículo 52.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, según el cual ponen fin a la vía administrativa las resoluciones de los siguientes órganos y autoridades:

- Las del Pleno, los Alcaldes o Presidentes y las Juntas de Gobierno, salvo en los casos excepcionales en que una ley sectorial requiera la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de la Comunidad autónoma, o cuando proceda recurso ante éstas en los supuestos del artículo 27.2.
- Las de autoridades y órganos inferiores en los casos que resuelvan por delegación del Alcalde, del Presidente o de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa.
- Las de cualquier otra autoridad u órgano cuando así lo establezca una disposición legal.

### *- Interposición*

El artículo 121.2 de la Ley 30/2015 dispone que el recurso de alzada podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el competente para resolverlo.

Si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente. El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de esto.

En cuanto al plazo de interposición, de acuerdo con el artículo 122.1 de la Ley 39/2015 es de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos, con lo que no cabrá contra ella más recurso administrativo que el extraordinario de revisión, sin perjuicio de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho prevista en el artículo 106 de la Ley 39/2015. El recurso contencioso-administrativo no se admitirá en virtud de la excepción de acto firme y consentido.

Si el acto no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de alzada en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan los efectos del silencio administrativo, con lo que no se establece plazo preclusivo alguno.

### *- Resolución*

La resolución del recurso de alzada corresponde al órgano superior jerárquico del que los dictó. A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas y cualesquiera otros que, en el seno de éstas, actúen con autonomía funcional, se considerarán dependientes del órgano al que estén adscritos o, en su defecto, del que haya nombrado al presidente de los mismos (artículo 121.1 de la Ley 39/2015).

Existen reglas especiales que afectan al órgano competente para resolver el recurso de alzada en relación con la delegación de competencias:

- De acuerdo con el artículo 9.2.c) de la Ley 40/2015, el órgano superior jerárquico en ningún caso podrá delegar la competencia para resolver los recursos de alzada



en los órganos subordinados que dicten los actos objeto de dicho recurso.

- Asimismo, en los casos de delegación de competencias el órgano competente para resolver el recurso de alzada contra los actos dictados por delegación no será el superior jerárquico del órgano delegado, sino el del órgano delegante, tal como se deduce del artículo 9.4 de la Ley 40/2015 ("las resoluciones administrativas que se adopten por delegación... se considerarán dictadas por el órgano delegante").

Conforme al artículo 122.2 de la Ley 39/2015, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso de alzada será de tres meses.

Transcurrido ese plazo sin que recaiga resolución (hay que entender sin que se notifique), se podrá entender desestimado el recurso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 24.1, tercer párrafo, es decir, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, en cuyo caso el silencio tiene carácter estimatorio, siempre que el recurso no se refiera a las siguientes materias:

- Procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición a que se refiere el artículo 29 de la Constitución.
- Aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público.
- Aquellos que impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente.

Contra la resolución de un recurso de alzada no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el recurso extraordinario de revisión, en los casos establecidos en el artículo 125.1 de la Ley 39/2015.

## **2. RECURSO DE REPOSICIÓN**

### *- Naturaleza jurídica*

El recurso de reposición es un medio de impugnación que se prevé para aquellos casos en que no cabe presentar recurso de alzada, porque el acto pone fin a la vía administrativa, y el administrado quiere solicitar a la Administración que reconsidere la resolución dictada. Se caracteriza porque lo resuelve el mismo órgano que dictó el acto impugnado y porque

su interposición es voluntaria para el administrado.

Nada impide, por lo tanto, acudir directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero si se interpone el recurso de reposición no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto (artículo 123.2 de la Ley 39/2015).

#### *- Objeto*

Por consiguiente, constituye el objeto del recurso de reposición los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa.

#### *- Interposición*

La interposición se llevará a cabo ante el mismo órgano que los hubiera dictado. De acuerdo con el artículo 124.1 de la Ley 39/2015, el plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Transcurrido dicho plazo, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

Si el acto no fuera expreso, el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de reposición en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto, con lo que, igual que sucede en el caso del recurso de alzada, no se establece plazo preclusivo alguno.

#### *- Resolución*

La resolución corresponde al mismo órgano que dictó el acto y el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes (artículo 124.2 de la Ley 39/2015). El silencio tiene carácter desestimatorio, conforme a las reglas generales del artículo 24.1, párrafo tercero, de la Ley 39/2015.

Conforme al artículo 124.3 de la Ley 39/2015, contra la resolución de un recurso de reposición no podrá interponerse de nuevo dicho recurso.

### **3. RECURSO DE REVISIÓN**

#### *- Objeto*

El recurso extraordinario de revisión se prevé para los actos firmes en vía administrativa, es decir, aquellos contra los que no quepa presentar ningún otro recurso administrativo, siempre que no hayan sido confirmados por sentencia judicial firme.

#### *- Motivos*

Por ser un recurso extraordinario, el recurso de revisión sólo se admite en los supuestos tasados recogidos en el artículo 125.1 de la Ley 39/2015:

- Que al dictar la resolución se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.
- Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.
- Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.
- Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

Obsérvese que los dos últimos motivos podrían constituir la causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos enunciada en el artículo 47.1.d) de la Ley 39/2015 (actos que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta), con lo que en esos casos también procedería la revisión de oficio prevista en el artículo 106 de la ley. En este sentido, el apartado 3 del artículo 125 advierte que lo establecido en el artículo que nos ocupa no perjudica el derecho de los interesados a formular la solicitud y la instancia a que se refieren los artículos 106 (revisión de oficio) y 109.2 (rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en los actos administrativos) ni su derecho a que las mismas se sustancien y resuelvan.

#### *- Interposición*

El recurso ha de interponerse ante el órgano que dictó la resolución recurrida. De acuerdo

con el artículo 125.2 de la Ley 39/2015, el plazo para la interposición es de cuatro años a partir de la fecha de la notificación de la resolución impugnada, si se funda en la causa primera de las anteriormente señaladas (error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente). En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

#### *- Instrucción*

En el procedimiento del recurso extraordinario de revisión es preceptivo, pero no vinculante, el dictamen del Consejo del Estado o del órgano consultivo autonómico equivalente (artículo 22, punto nueve, de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y para Galicia, artículo 12.f) de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consello Consultivo de Galicia).

No obstante, el órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad autónoma, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en el apartado 1 del artículo anterior o en el supuesto de que se hubiesen desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales (artículo 126.1 de la Ley 39/2015).

#### *- Resolución*

Corresponde al mismo órgano que dictó el acto administrativo impugnado (artículo 125.1 de la Ley 39/2015), el cual debe pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.

El plazo para dictar y notificar la resolución es de tres meses, de acuerdo con el artículo 125.3 de la Ley 39/2015, teniendo el silencio efecto desestimatorio, conforme a las reglas generales del artículo 24.1, párrafo tercero, de la ley.

### **BIBLIOGRAFÍA**

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 14ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3ª

edición, Iustel, Madrid, 2015.

VV.AA.: *Lei 30/1992 comentada por letrados da Xunta de Galicia*, Asociación Profesional de letrados da Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2005.

## **TEMA 18.**

**LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA  
ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIOS. EL  
PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.**

## **TEMA 18. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. PRINCIPIOS. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.**

### **I. LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN**

Si las potestades de la Administración pueden definirse como poderes jurídicos abstractos que el Ordenamiento confiere a la Administración en virtud del poder de imperio del Estado, podemos definir la potestad sancionadora como aquella que faculta a la Administración para imponer sanciones administrativas. A su vez, por sanción administrativa entendemos un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de su conducta contraria al Ordenamiento jurídico.

Este mal consistirá en la privación de un bien o de un derecho, pero sin que la sanción administrativa pueda suponer, directa o indirectamente, privación de libertad, pues ello lo prohíbe expresamente el artículo de la 25.1 de la Constitución.

En función del sujeto infractor, la potestad sancionadora puede ser disciplinaria y correctiva:

- Es disciplinaria la que habilita a la Administración para imponer sanciones a los funcionarios por las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones públicas y a otros sujetos sometidos a relaciones de sujeción especial, como usuarios de servicios públicos, presos y profesionales que ejercen profesiones reguladas sometidas a colegiación obligatoria, por infringir los deberes y obligaciones específicos de la relación que los une con la Administración.
- Es correctiva la que habilita a la Administración para imponer sanciones a los administrados o ciudadanos por actos contrarios al orden jurídico general.

Desde las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, y 40/2015, de la misma fecha, de régimen jurídico del sector público, ambas modalidades de la potestad sancionadora están sustancialmente sujetas a los mismos principios sustantivos y procedimentales, sin perjuicio de las especialidades procedimentales que existen en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en materia de extranjería (disposición adicional primera, apartado segundo, letra c), de la Ley 39/2015). En particular, el artículo 25.3 de la Ley

40/2015 prevé que “las disposiciones de este Capítulo serán extensivas al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo”.

Asimismo, es necesario distinguir las genuinas sanciones administrativas de otras medidas restrictivas de derechos que puede imponer la Administración a los administrados que ostentan títulos administrativos habilitantes o mantienen alguna relación jurídica con ella y que se resuelven en el seno de dicha relación (por ejemplo, la llamada “caducidad por incumplimiento de condiciones” de las autorizaciones administrativas, distinta de la revocación de éstas como sanción administrativa, las penalidades que se pueden imponer al contratista en la contratación pública, la resolución de los contratos y concesiones administrativos por incumplimientos culpables del contratista o concesionario, etc.). La diferencia esencial entre estas medidas y las verdaderas sanciones administrativas radica en que no se les aplican los principios que a continuación se expondrán ni su imposición exige la tramitación del procedimiento sancionador. En este sentido, el artículo 25.4 de la Ley 40/2015 establece expresamente que “las disposiciones de este capítulo no serán de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas”.

## **II. PRINCIPIOS**

### **1. INTRODUCCIÓN**

La Constitución de 1978 reconoce en su artículo 25.1 la existencia de una potestad sancionadora propia de la Administración, paralela a la potestad jurisdiccional penal, atribuida exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por la ley. Desde un primer momento, el Tribunal Constitucional ha considerado que ambas potestades son dos manifestaciones del unitario *ius puniendi* que corresponde al Estado y que, por lo tanto, los principios sustantivos que el artículo 25.1 de la Constitución establece para el Derecho penal son trasladables al Derecho administrativo sancionador, de la misma manera que las garantías de defensa del artículo 24.2 de la Ley fundamental se aplican igualmente al procedimiento administrativo sancionador, aunque, en ambos casos, con matices.



Corresponde al legislador, en ejercicio de su discrecionalidad política, decidir qué conductas antijurídicas son objeto de sanción penal y cuáles de sanción administrativa. De todas formas, en los modernos sistemas punitivos rige el principio de intervención mínima del Derecho penal, que reserva esta modalidad punitiva a los ataques más graves contra los bienes jurídicos más importantes para la sociedad, remitiendo el castigo de otras conductas ilícitas al Derecho administrativo sancionador.

La codificación de los principios sustantivos y procedimentales del Derecho administrativo sancionador fue llevada a cabo, sobre la base de la jurisprudencia constitucional antes mencionada, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, a través de su título IX. Sin embargo, de acuerdo con la disposición adicional octava de esta ley, quedaban completamente excluidos de la misma los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual, y la ley se aplicaba sólo supletoriamente, en defecto de su legislación específica, a los procedimientos administrativos para la imposición de sanciones por infracciones en el orden social y por infracciones en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

En la actualidad, los principios sustantivos de la potestad administrativa sancionadora han pasado a estar recogidos en el capítulo III del título preliminar de la Ley 40/2015, mientras que el procedimiento administrativo sancionador está regulado, como una simple especialidad del procedimiento administrativo común, en la Ley 39/2015, en los términos a los que se hará referencia más adelante.

## **2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

Bajo el título de “principio de legalidad”, el artículo 25 de la Ley 40/2015 se refiere a la exigencia de que, para poder ejercer la potestad sancionadora, las Administraciones públicas han de tenerla expresamente reconocida por una norma con rango de ley, así como a la necesidad de que ese ejercicio se produzca a través del procedimiento legalmente establecido (procedimiento administrativo sancionador). Asimismo, el ejercicio de la potestad reglamentaria se sujetará a lo establecido en la propia Ley 40/2015, en la Ley

39/2015 y, cuando se trate de entidades locales, a lo dispuesto en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

Por consiguiente, en materia sancionadora se aplica el principio de vinculación positiva de la Administración a la legalidad en su modalidad más estricta, que exige la atribución expresa de la correspondiente potestad a ésta mediante norma con rango de ley. A esto el apartado 2 del artículo 25 añade el requisito de que dicha potestad sea ejercida por los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, en este caso por disposición de rango legal o reglamentario, de acuerdo con el principio de competencia administrativa. Ello no impide, sin embargo, que en materia sancionadora sean admisibles tanto la delegación como la avocación de competencias en los términos previstos por los artículos 9 y 10 de la Ley 40/2015, así como la delegación de firma contemplada en el artículo 12, frente la prohibición de esta última que establecía la Ley 30/1992.

### **3. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD**

De conformidad con lo previsto en el artículo 9.3 de la Constitución, que consagra el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, el artículo 26.1 de la Ley 40/2015 establece que serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

Por el contrario, de acuerdo con el apartado 2 del artículo 26, las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición.

### **4. PRINCIPIO DE TIPICIDAD**

El contenido de este principio en el artículo 27 de la Ley 40/2015 es extremadamente complejo, porque se recoge al mismo tiempo lo que la jurisprudencia denomina la garantía material y la garantía formal de legalidad sancionadora, es decir, el principio de tipicidad y el principio de legalidad en sentido estricto o reserva de ley en materia sancionadora:

- El principio de tipicidad o garantía material de legalidad supone que, para que se

pueda castigar una conducta como infracción administrativa, es necesario que una norma vigente en el momento de su comisión la defina como tal infracción, y lo mismo debe ocurrir con la sanción que pretenda aplicarse.

- El principio de reserva de ley sancionadora o garantía formal de legalidad implica que las normas que tipifican las infracciones y las sanciones administrativas deben tener rango de ley.

Así, el artículo 27.1 de la Ley 40/2015 dispone que sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una norma con rango de ley y el apartado 2 añade que únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por norma con rango de ley.

En relación con la tipificación de las infracciones administrativas, el artículo que nos ocupa ordena que éstas se clasifiquen por la ley en leves, graves y muy graves.

Consecuencia del principio de tipicidad es la prohibición de aplicación analógica de las normas definidoras de infracciones y sanciones, recogida en el apartado 4 del artículo 27 de la Ley 40/2015.

En cuanto a la reserva de ley en materia sancionadora, hay que hacer notar que es de carácter relativo y no absoluto, a diferencia de la reserva de ley penal. En este sentido, el apartado 3 del artículo 27 permite que las disposiciones reglamentarias de desarrollo introduzcan especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

En el ámbito de la potestad sancionadora municipal, el margen de actuación de que disponen las normas reglamentarias (ordenanzas municipales) es todavía mayor, reduciéndose al mínimo el alcance de la reserva de ley en virtud de la legitimidad democrática directa de que goza el órgano que las aprueba (el Pleno del Ayuntamiento) y del principio constitucional de autonomía local, como ha admitido el Tribunal Constitucional

a partir de su sentencia 132/2001, de 8 de junio, en cuyo fundamento jurídico sexto se lee lo siguiente:

“... la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a los Municipios — conforme a la exigencia del art. 25.2 LBRL— no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador.

Del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos —ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal— sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica”.

El cumplimiento de esas exigencias mínimas del principio de legalidad en relación con la

potestad sancionadora municipal se ha llevado a cabo mediante el título XI de la Ley de bases del régimen local, al que se remiten expresamente en esta materia los artículos 25.1 y 27.1 de la Ley 40/2015.

## **5. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD**

El principio de responsabilidad es equivalente en el ámbito del Derecho administrativo sancionador al principio de culpabilidad del Derecho penal. La formulación inicial del mismo es muy similar a la de éste, pero presenta matices que lo diferencian.

Así, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015 señala que sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una norma con rango de ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa. Esto implica, por una parte, que la responsabilidad disciplinaria se les puede exigir tanto a personas físicas como jurídicas e incluso a entidades sin personalidad jurídica, y, por otra, que no se admite la responsabilidad objetiva, pues en la conducta infractora tiene que concurrir el elemento subjetivo del dolo o la culpa.

Ahora bien, hay dos excepciones, recogidas en los apartados 3 y 4 de este artículo 28, en que se admite la responsabilidad sancionadora por hechos ajenos:

- Cuando el cumplimiento de una obligación establecida por una norma con rango de ley corresponda a varias personas conjuntamente. En este caso, tales personas responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan, aunque, cuando la sanción sea pecuniaria y sea posible, se individualizará en la resolución en función del grado de participación de cada responsable.
- Cuando las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores tipifiquen como infracción el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación. Asimismo, podrán prever los supuestos en que

determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas. En principio, se trataría de casos reconducibles a la llamada “culpa in vigilando”, en los que, más que responderse por hechos ajenos, se responde por el incumplimiento de la obligación de vigilar debidamente la conducta de otras personas.

Por último, el apartado 2 del artículo 28 establece la plena compatibilidad de las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados, que será determinada y exigida por el órgano al que corresponda el ejercicio de la potestad sancionadora. Aunque no se matiza en el precepto, hay que entender que los daños y perjuicios cuya indemnización se puede exigir por vía administrativa son exclusivamente los causados a la propia Administración, no a otros particulares. Estos últimos darían lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual entre particulares que se tendría que dirimir por la vía jurisdiccional civil y no a través de un procedimiento administrativo.

A este respecto, el artículo 90.4 de la Ley 39/2015 prevé que, cuando las conductas sancionadas hubieran causado daños o perjuicios a las Administraciones y la cuantía destinada a indemnizar estos daños no hubiera quedado determinada en el expediente, se fijará mediante un procedimiento complementario, cuya resolución será inmediatamente ejecutiva. Este procedimiento será susceptible de terminación convencional, pero ni ésta ni la aceptación por el infractor de la resolución que pudiera recaer implicarán el reconocimiento voluntario de su responsabilidad. La resolución del procedimiento pondrá fin a la vía administrativa.

De no satisfacerse la indemnización en el plazo que al efecto se determine en función de su cuantía, se procederá en la forma prevista en el artículo 101 de la Ley 39/2015, es decir, a través del procedimiento de apremio.

## **6. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

El artículo 29 de la Ley 40/2015 reúne bajo la rúbrica de “principio de proporcionalidad” diversas normas que tienen en común referirse a los criterios que se deben seguir a la hora

de tipificar y de aplicar las sanciones administrativas.

El principio de proporcionalidad en sentido propio se recoge en el apartado 3 del artículo, que señala que tanto en la determinación normativa del régimen sancionador como en la imposición de sanciones por las Administraciones públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. Por consiguiente, el principio se aplica tanto en el momento de la tipificación de las sanciones como en el de su aplicación administrativa.

Otras reglas específicas de la tipificación de la sanciones administrativas son las siguientes:

- Tal como impone el artículo 25.3 de la Constitución, las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad (artículo 29.1 de la Ley 40/2015).
- El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas (artículo 29.2).

Por lo que se refiere a los criterios relativos a la aplicación administrativa de las sanciones, se recogen los siguientes:

- La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios (artículo 29.3 de la Ley 40/2015):
  - El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
  - La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
  - La naturaleza de los perjuicios causados.
  - La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.
- Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el

órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior (artículo 29.4).

- Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida (artículo 29.5).

Por último, el apartado 6 del artículo 29 prevé que será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. De esta manera, se consagra un concepto inusual de infracción continuada, pues generalmente se entiende por ésta la consistente en un conducta activa u omisiva que se prolonga en el tiempo sin solución de continuidad, debiendo distinguirse de la reiteración de una misma infracción, especialmente a efectos del cómputo de los plazos de prescripción, como se dirá a continuación.

## **7. PRINCIPIO DE PRESCRIPCIÓN**

La prescripción de las infracciones y sanciones administrativas implica que, si pasan unos determinados plazos de tiempo sin que una infracción se persiga mediante la iniciación del correspondiente procedimiento sancionador o sin que una sanción ya impuesta se ejecute, la infracción ya no podrá ser sancionada o la sanción ejecutada.

El artículo 30 de la Ley 40/2015 consagra este principio estableciendo unos plazos de prescripción de las infracciones y las sanciones administrativas que son de aplicación en defecto de previsión al respecto de la leyes que lleven a cabo la tipificación de aquéllas. De esta manera, se garantiza que, aun en el caso de silencio del legislador sobre la prescripción, ésta va a operar igualmente.

Esos plazos supletorios son los siguientes: las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

Establece también el artículo en sus apartados 2 y 3 las reglas para el cómputo de los plazos



de prescripción, que se aplican en todo caso:

- El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. En el caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora, reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

- El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso.

## **8. PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”**

Por último, el artículo 31 de la Ley 40/2015, con el rótulo un tanto equívoco de “conurrencia de sanciones”, recoge en su apartado 1 el principio “non bis in idem”, según el cual “no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”. Por consiguiente:

- La prohibición de doble sanción opera tanto si los hechos han sido sancionados previamente en vía penal, como si lo han sido en vía administrativa, de acuerdo con lo ya dicho sobre la sustancial identidad del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador como manifestaciones del “ius puniendi” del Estado.

- Para que este principio sea aplicable, tiene que concurrir la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. En particular, si el fundamento de la sanción cambia porque la norma que tipifica la segunda infracción protege un bien jurídico distinto al que protege la primera, entonces cabe la doble sanción por el mismo hecho. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando una conducta antijurídica realizada por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones es objeto de la correspondiente sanción penal o administrativa, pero ésta no cubre el específico desvalor que para el correcto funcionamiento de la organización administrativa ha supuesto esa conducta; en este caso será posible sancionarla también por vía disciplinaria.

El apartado 2 del artículo 31 se refiere a un supuesto particular de concurrencia de sanciones administrativas, que es el que se produce cuando un órgano de la Unión Europea hubiera impuesto una sanción por los mismos hechos. Siempre que no concurra la identidad de sujeto y fundamento, el órgano competente para resolver deberá tener en cuenta la sanción europea a efectos de graduar la que, en su caso, deba imponer, pudiendo minorarla, sin perjuicio de declarar la comisión de la infracción.

El principio “non bis in idem” tiene también una vertiente procedimental que, sorprendentemente, no se recoge ni en la Ley 40/2015, ni en la Ley 39/2015, aunque sí en muchas de las leyes que tipifican infracciones y sanciones administrativas, así como en la jurisprudencia constitucional y ordinaria. Esa vertiente determina que, cuando un mismo hecho es susceptible de ser perseguido tanto en vía penal como en vía administrativa, tiene preferencia el enjuiciamiento penal sobre el procedimiento administrativo sancionador, puesto que las sanciones penales protegen los bienes jurídicos más importantes de la sociedad frente a los ataques más graves contra ellos. Esta preferencia obliga a que la tramitación del procedimiento administrativo sancionador se suspenda, bien cuando la propia Administración descubre indicios de que el hecho puede ser delictivo, lo que la obliga a dar traslado de éste al Ministerio Fiscal, bien cuando tenga noticia de la iniciación de las diligencias penales.

Una vez finalizadas completamente las diligencias penales, si éstas no han concluido con una sentencia firme condenatoria o si la sanción penal impuesta es compatible, en los términos antes expresados, con la sanción por vía administrativa de los mismos hechos, el

procedimiento administrativo sancionador se puede reanudar, pero con una importante limitación que está expresamente recogida en el artículo 77.4 de la Ley 39/2015: los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones públicas, pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional, unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (fundamento jurídico cuarto de la sentencia 77/1983, de 3 de octubre).

### **III. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

#### **1. REGULACIÓN**

La Ley 30/1992 consagró los principios del procedimiento administrativo sancionador, extraídos, como ya se ha dicho, de la jurisprudencia constitucional y ordinaria recaída en la materia, pero no reguló un procedimiento sancionador común. Por ello, el Estado aprobó poco después de la entrada en vigor de aquélla un Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto), con la finalidad de establecer un cauce procedimental de aplicación supletoria en defecto de regulación del procedimiento sancionador en las leyes que tipifican las infracciones y sanciones administrativas. Ahora bien, este Reglamento sólo resultaba aplicable a las infracciones y sanciones tipificadas en leyes estatales y, por ello, varias Comunidades autónomas (entre las que no se hallaba Galicia) procedieron a dictar leyes o reglamentos con la misma finalidad de regular un procedimiento sancionador general para las infracciones y sanciones tipificadas en sus propias leyes.

A esta dispersión normativa del procedimiento administrativo sancionador ha puesto fin la Ley 39/2015, optando por integrar la regulación del mismo dentro de la regulación del procedimiento administrativo común en forma de simples especialidades y derogando expresamente el Real Decreto 1398/1993. Los únicos procedimientos sancionadores que quedan excluidos del ámbito de aplicación directa de la Ley 39/2015 y a los que ésta sólo se les aplica de manera supletoria son los relativos a la materia tributaria y aduanera, orden social, tráfico y seguridad vial y extranjería (disposición adicional primera, apartado 2, letra c). Para los demás ámbitos, rigen las reglas generales del artículo 1.2 de la ley, según el cual “solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de

los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley” y “reglamentariamente podrán establecerse especialidades del procedimiento referidas a los órganos competentes, plazos propios del concreto procedimiento por razón de la materia, formas de iniciación y terminación, publicación e informes a recabar”.

## **2. GARANTÍAS Y DERECHOS DE DEFENSA**

De acuerdo con lo repetidamente dicho sobre la sustancial identidad de naturaleza entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, a este último se le trasladan, con los debidos matices, las garantías y derechos de defensa del proceso penal.

### *- El procedimiento sancionador como garantía*

La primera de esas garantías es la propia necesidad de tramitar el procedimiento sancionador para la imposición de cualquier sanción administrativa, lo que proscribe la antigua práctica de imponer sanciones “de plano” que existía en nuestra Administración pública. Así lo establece el artículo 63.2 de la Ley 39/2015, según el cual “en ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el oportuno procedimiento”.

### *- Separación entre la fase de instrucción y de resolución del procedimiento*

En el procedimiento administrativo sancionador se impone, igual que en el proceso penal, la separación entre la fase de instrucción y la de resolución, que deberán estar encomendadas a órganos distintos, como garantía de objetividad (artículo 63.1 de la Ley 39/2015). Sin embargo, esta garantía se ve un tanto devaluada en el ámbito administrativo porque, a diferencia de los órganos jurisdiccionales, que son independientes entre sí, de tal manera que los superiores en grado sólo pueden corregir la actuación de los inferiores por vía de recurso, los órganos administrativos están vinculados jerárquicamente y no se prohíbe que el órgano instructor de un procedimiento sancionador esté subordinado al competente para resolver y, por tanto, sujeto a sus órdenes e instrucciones.

### *- Derecho a ser informado de la acusación*

El derecho a ser informado de la acusación que consagra el artículo 24.2 de la Constitución

se traslada al procedimiento administrativo sancionador a través del derecho del presunto responsable, recogido en el artículo 53.2.a) de la Ley 39/2015, a ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia. Este derecho, como ya se verá, se hace efectivo mediante la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento o, en su caso, del pliego de cargos.

*- Derecho a la presunción de inocencia*

También se aplica en el procedimiento administrativo sancionador el derecho a la presunción de inocencia, igualmente consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución. En este sentido, el artículo 53.2.b) de la Ley 39/2015 reconoce al presunto responsable el derecho a la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. Por tanto, para que la Administración pueda imponer una sanción a una persona, tendrá que practicar en el procedimiento prueba de cargo suficiente para desvirtuar esa presunción de no responsabilidad.

Ahora bien, las denuncias y actas de infracción de los funcionarios que tienen reconocida legalmente la condición de agentes de la autoridad, cuando reúnen los requisitos legales correspondientes, constituyen por sí mismas prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, sin necesidad en principio de practicar más prueba. Así se desprende del artículo 77.5 de la Ley 39/2015, que señala que “los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes se recojan los hechos constatados por aquéllos harán prueba de éstos salvo que se acredite lo contrario”, y está admitido también por la jurisprudencia tanto constitucional como ordinaria.

Por consiguiente, cuando el procedimiento sancionador se inicia sobre la base de tales documentos, la carga de la prueba se desplaza al presunto responsable, que tendrá que desvirtuar mediante pruebas de descargo el contenido de la denuncia o acta de infracción aportada por la Administración. Algunas leyes siguen refiriéndose a esta especial fuerza probatoria de las denuncias y actas de infracción de los agentes de la autoridad con la

expresión de “presunción de veracidad”.

Relacionados con las presunción de inocencia están los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, que no se reconocen expresamente en la Ley 39/2015, pero son aplicables al procedimiento administrativo sancionador en virtud del artículo 24.2 de la Constitución. No obstante, aquí también existen peculiaridades propias del ámbito administrativo, pues son frecuentes las leyes que imponen obligaciones de colaboración con las funciones inspectoras de la Administración que compelen a los administrados, bajo la amenaza de sanción administrativa en caso de resistencia, a poner en manos de ésta documentos y otros elementos susceptibles de ser utilizados como pruebas para sancionarlos, o a identificar a los presuntos responsables de infracciones administrativas, sin que esto haya sido considerado por el Tribunal Constitucional contrario al artículo 24.2 de la Constitución.

*- Derecho a la defensa y a la asistencia de letrado*

El derecho a la defensa y a la asistencia de letrado, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, está garantizado con carácter general en todos los procedimientos administrativos a través del artículo 53.1.g) de la Ley 39/2015, que señala que los interesados tienen derecho a “a actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses”.

*- Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*

Como en el caso anterior, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa del artículo 24.2 de la Constitución también se reconoce con carácter general en artículo 53.1.e) de la Ley 39/2015, a través del derecho de los interesados en los procedimientos administrativos a “formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico, y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”. En relación con la práctica de las pruebas propuestas por el presunto responsable de una infracción administrativa, es preciso tener en cuenta también la previsión del artículo 77.3 de la ley, según la cual “el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando

sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada". A esto hay que añadirle que, en fase de control jurisdiccional de las sanciones administrativas, el artículo 60.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, establece en su segundo inciso que "si el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos".

### **3. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

#### *- Información y actuaciones previas*

El artículo 55 de la Ley 39/2015 prevé con carácter general que, con anterioridad al inicio del procedimiento, el órgano competente podrá abrir un período de información o actuaciones previas con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

En el caso en particular de los procedimientos de naturaleza sancionadora, el apartado 2 del artículo mencionado señala que las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.

#### *- Medidas provisionales*

Las medidas provisionales son el equivalente en el ámbito administrativo a lo que en Derecho procesal se denominan medidas cautelares. Se pueden adoptar, si concurren los requisitos legalmente establecidos, en cualquier tipo de procedimiento administrativo, pero son especialmente importantes en los procedimientos sancionadores, por la necesidad que suele surgir de poner fin de manera inmediata a la conducta infractora.

El artículo 56 de la Ley 39/2015 distingue las que se adoptan una vez iniciado el procedimiento de las que se adoptan antes de la iniciación de éste:

- Las primeras son competencia del órgano administrativo responsable de resolver el procedimiento. Se pueden adoptar de oficio o a instancia de parte, pero siempre de forma motivada. Su finalidad es asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.
- La segundas son competencia del órgano responsable de iniciar o instruir el procedimiento. Se pueden adoptar de oficio o a instancia de parte, siempre de forma motivada, pero sólo en los casos de urgencia inaplazable y para la protección provisional de los intereses implicados, debiendo resultar necesarias y proporcionadas. Este tipo de medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda. En todo caso, quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

Tanto en un caso como en el otro, las medidas provisionales que cabe acordar, en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, son las siguientes:

- Suspensión temporal de actividades.
- Prestación de fianzas.
- Retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios por razones de sanidad, higiene o seguridad, el cierre temporal del establecimiento por éstas u otras causas previstas en la normativa reguladora aplicable.
- Embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos.



- El depósito, retención o inmovilización de cosa mueble.
- La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda.
- Consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen.
- La retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones públicas.
- Aquellas otras medidas que, para la protección de los derechos de los interesados, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución.

En todo caso, no se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción, extinguiéndose cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento sancionador. Sin embargo, el artículo 90.3, párrafo primero, de la Ley 39/2015 admite la posibilidad de que se adopten en ésta las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado.

*- Forma de iniciación del procedimiento sancionador*

El procedimiento sancionador presenta la especialidad en cuanto a su forma de iniciación de que sólo se puede iniciar de oficio por el órgano competente, considerándose que un órgano es competente para iniciar el procedimiento cuando así lo determinen las normas reguladoras del mismo (artículo 63.1 de la Ley 39/2015). Por consiguiente, en ningún caso cabe la iniciación de este tipo de procedimientos a solicitud del interesado.

Además, el apartado 3 del artículo 63 prohíbe que se inicien nuevos procedimientos de

carácter sancionador por hechos o conductas tipificadas como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora, con carácter ejecutivo.

De acuerdo con el artículo 58 de la Ley 39/2015, la iniciación de oficio de los procedimientos puede producirse por propia iniciativa del órgano competente o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. Estas tres últimas modalidades de impulso de la iniciación de oficio presentan algunas especialidades en el procedimiento sancionador:

- Inicio del procedimiento como consecuencia de orden superior o por petición razonada de otros órganos. Los artículos 60.2 y 61.3 de la Ley 39/2015 establecen que en los procedimientos de naturaleza sancionadora la orden o la petición expresará, en la medida de lo posible:
  - La persona o personas presuntamente responsables.
  - Las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación.
  - El lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.
- Inicio del procedimiento por denuncia. Con carácter general, de acuerdo con el artículo 63.2 de la Ley 39/2015, las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Administración. Cuando dichos hechos pudieran constituir una infracción administrativa, recogerán la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables.

En relación con las denuncias, hay que añadir que el apartado 4 del artículo 63 prevé que, cuando el denunciante haya participado en la comisión de una infracción de esta naturaleza y existan otros infractores, el órgano competente para resolver el procedimiento deberá eximir al denunciante del pago de la multa que le correspondería u otro tipo de sanción de carácter no pecuniario, cuando sea el primero en aportar elementos de prueba que

permitan iniciar el procedimiento o comprobar la infracción, siempre y cuando en el momento de aportarse aquéllos no se disponga de elementos suficientes para ordenar la misma y se repare el perjuicio causado.

Asimismo, el órgano competente para resolver deberá reducir el importe del pago de la multa que le correspondería o, en su caso, la sanción de carácter no pecuniario, cuando no cumpliéndose alguna de las condiciones anteriores, el denunciante facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo respecto de aquellos de los que se disponga.

En ambos casos será necesario que el denunciante cese en la participación de la infracción y no haya destruido elementos de prueba relacionados con el objeto de la denuncia.

Por último, de acuerdo con el apartado 5 del artículo 63, la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento. Como se verá a continuación, al denunciante que no tenga la condición de interesado sólo hay que comunicarle la incoación del procedimiento cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean.

#### *- Contenido del acuerdo de iniciación*

El contenido mínimo del acuerdo de iniciación del procedimiento aparece recogido en el artículo 64.2 de la Ley 39/2015, en los términos siguientes:

- Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.
- Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.
- Identificación del instructor y, en su caso, secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.
- Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya tal competencia, indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85.

- Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con el artículo 56.
- Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.

De conformidad con el apartado 1 del artículo 64, el acuerdo de iniciación se comunicará al instructor del procedimiento, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculcado, a fin de hacer efectivo el derecho de éste recogido en el artículo 53.2.a). Asimismo, la incoación se comunicará al denunciante cuando las normas reguladoras del procedimiento así lo prevean.

Añade el apartado 3 del artículo 64 que, excepcionalmente, cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, la citada calificación podrá realizarse en una fase posterior mediante la elaboración de un pliego de cargos, que deberá ser notificado a los interesados.

#### **4. INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

La Ley 39/2015 no contiene abiertamente especialidades relativas a la instrucción de los procedimientos sancionadoras, pero de diversos preceptos de la misma pueden deducirse las siguientes:

- En estos procedimientos existe un trámite específico de alegaciones, que se practica inmediatamente después de notificado el acuerdo de iniciación o el pliego de cargos y para el que se concederá un plazo de diez días, si no está previsto otro por las normas reguladoras del procedimiento, conforme a lo establecido con carácter general en el artículo 73.1 de la Ley 39/2015. En caso de que el inculcado no efectúe alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste

podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.

- Otra especialidad es que el trámite de audiencia y vista del expediente se lleva a cabo después y no antes de que el instructor formule la propuesta de resolución, la cual además ha de notificarse a los interesados. Establece el artículo 89.2 de la Ley 39/2015 que, en el caso de procedimientos de carácter sancionador, una vez concluida la instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución que deberá ser notificada a los interesados. La propuesta de resolución deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes.

En cuanto al contenido de la propuesta de resolución, señala el apartado 3 del artículo 89 que en ella se fijarán de forma motivada los hechos que se consideren probados y su exacta calificación jurídica, se determinará la infracción que, en su caso, aquéllos constituyan, la persona o personas responsables y la sanción que se proponga, la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, así como las medidas provisionales que, en su caso, se hubieran adoptado. Cuando la instrucción concluya la inexistencia de infracción o responsabilidad y no se haga uso de la facultad que el apartado 1 del artículo confiere al instructor para resolver la finalización del procedimiento y archivar las actuaciones, la propuesta declarará esa circunstancia.

## **5. TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO**

### *- Terminación anticipada del procedimiento*

La Ley 39/2015 contempla dos casos opuestos entre sí de terminación anticipada del procedimiento sancionador:

- De acuerdo con el artículo 89.1, el órgano instructor resolverá la finalización del procedimiento, con archivo de las actuaciones, sin que sea necesaria la formulación de la propuesta de resolución, cuando en la instrucción procedimiento se ponga de manifiesto que concurre alguna de las siguientes circunstancias:



- La inexistencia de los hechos que pudieran constituir la infracción.
  - Cuando los hechos no resulten acreditados.
  - Cuando los hechos probados no constituyan, de modo manifiesto, infracción administrativa.
  - Cuando no exista o no se haya podido identificar a la persona o personas responsables o bien aparezcan exentos de responsabilidad.
  - Cuando se concluyera, en cualquier momento, que ha prescrito la infracción.
- De acuerdo con el artículo 85 en sus dos primeros apartados, el procedimiento también terminará de forma anticipada:
- Si el infractor reconoce su responsabilidad, en cuyo caso se podrá resolver el procedimiento con la imposición de la sanción que proceda.
  - Si el presunto responsable paga voluntariamente la sanción en cualquier momento antes de que se llegue a dictar resolución, cuando aquélla tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario, pero se ha justificado la improcedencia de la segunda. Se deja expresamente a salvo lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.

En estos dos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones del veinte por ciento, incrementable reglamentariamente, sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

*- La resolución en los procedimientos sancionadores*

Las especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores están recogidas en el artículo 90 de la Ley 39/2015:

- En cuanto al contenido. Dispone el apartado 1 del artículo 90, que, además del contenido genérico que impone a las resoluciones de los procedimientos administrativos la Ley 39/2015, en el caso de procedimientos de carácter sancionador la resolución incluirá la valoración de las pruebas practicadas, en especial aquellas que constituyan los fundamentos básicos de la decisión, fijará los hechos y, en su caso, la persona o personas responsables, la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la declaración de no existencia de infracción o responsabilidad.
- En cuanto a su vinculación a la propuesta de resolución formulada por el instructor. El apartado 2 del artículo 90 precisa que en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculpado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días.
- En cuanto a su ejecutividad. Establece el apartado 3 del artículo 90 que la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, es decir, cuando sea firme en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado.

Además, cuando la resolución sea ejecutiva, se podrá suspender cautelarmente, si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa. Dicha suspensión cautelar finalizará cuando:

- Haya transcurrido el plazo legalmente previsto sin que el interesado haya interpuesto recurso contencioso administrativo.

- Habiendo el interesado interpuesto recurso contencioso-administrativo, no se solicite en el mismo trámite la suspensión cautelar de la resolución impugnada o el órgano judicial se pronuncie sobre la suspensión cautelar solicitada, en cuyo caso se estará a los términos previstos en ese pronunciamiento.

*- Plazo para dictar y notificar la resolución y efectos de la falta de resolución expresa*

La Ley 39/2015, a diferencia del derogado Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora que había aprobado el Real Decreto 1398/1993, no establece un plazo máximo para dictar y notificar la resolución en los procedimientos sancionadores, de aplicación supletoria en defecto de previsión en la regulación específica de las correspondientes infracciones y sanciones administrativas. Por consiguiente, a falta de tales previsiones será de aplicación el plazo de tres meses establecido con carácter general en el artículo 21.3 de la Ley 39/2015, que, además, señala que en los procedimientos iniciados de oficio, como son los sancionadores, el plazo máximo para notificar la resolución se contará en todo caso desde la fecha del acuerdo de iniciación (nótese que no desde la fecha de notificación del mismo).

De acuerdo con el artículo 25.1.b) de la Ley 39/2015, en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa producirá la caducidad del procedimiento. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, lo que impide absolutamente que se pueda dictar resolución de manera extemporánea. La doctrina de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se inclina por la invalidez de esas resoluciones extemporáneas, a partir de la sentencia de 28 de junio de 2004 (recurso de casación núm. 791/2001).

En cambio, tal como se desprende del artículo 95.3 de la Ley 39/2015, lo que si cabrá es volver a iniciar el procedimiento en tanto no prescriba la infracción, debiendo tenerse en cuenta que los procedimientos caducados no interrumpen el plazo de prescripción, es decir, que el tiempo que duró la tramitación del procedimiento caducado se computa dentro de



ese plazo. Añade el artículo citado que, en los casos en los que sea posible la iniciación de un nuevo procedimiento por no haberse producido la prescripción, podrán incorporarse a éste los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad. En todo caso, en el nuevo procedimiento deberán cumplimentarse los trámites de alegaciones, proposición de prueba y audiencia al interesado.

## **6. TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

El artículo 96 de la Ley 39/2015 regula la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común. En el caso de los procedimientos sancionadores, el apartado 5 del artículo prevé que esta forma de tramitación se podrá adoptar cuando el órgano competente para iniciar el procedimiento considere que, de acuerdo con lo previsto en su normativa reguladora, existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como leve. El acuerdo de aplicación de la tramitación simplificada se les notificará a los interesados, sin que éstos se puedan oponer a esta forma de tramitación, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los procedimientos administrativos, donde tal oposición supone que se tenga que volver a la tramitación ordinaria.

Conforme al apartado 6 del artículo 96, salvo que reste menos para su tramitación ordinaria, los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en treinta días, a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento. De los trámites que hay que practicar en la tramitación simplificada, son de aplicación a los procedimientos sancionadores únicamente los siguientes:

- Inicio del procedimiento de oficio.
- Alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días.
- Trámite de audiencia.
- Resolución.

## **BIBLIOGRAFÍA**

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho*

*Administrativo*, II, 14ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 19**

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL. LESIÓN DETERMINANTE, SUJETOS IMPUTABLES Y CAUSAS DE IMPUTACIÓN. LA EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

## **TEMA 19. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL. LESIÓN DETERMINANTE, SUJETOS IMPUTABLES Y CAUSAS DE IMPUTACIÓN. LA EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

### **I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: CARACTERÍSTICAS DE LA INSTITUCIÓN EN EL SISTEMA ESPAÑOL**

#### **1. LA GARANTÍA PATRIMONIAL DEL CIUDADANO: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y EXPROPIACIÓN FORZOSA**

Como señala Santamaría Pastor, el Ordenamiento jurídico español garantiza la integridad patrimonial del ciudadano mediante dos instituciones, que son la expropiación forzosa (artículo 33.3 de la Constitución) y la responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 106.2 de la Constitución).

Para distinguir ambas instituciones, la doctrina ofrece dos teorías:

- La primera, defendida por García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, indica que la expropiación forzosa se refiere a supuestos de privación singular de la propiedad realizados de modo directo y voluntario (expropiación de un terreno para construir una autovía). Por el contrario, la responsabilidad patrimonial cubriría los daños ocasionados por las Administraciones por acciones u omisiones que persiguen un fin distinto de la privación, pero que implican como efecto no querido la generación de un daño.
- La segunda teoría señala que la expropiación forzosa incurre en ablaciones patrimoniales realizadas de forma legítima y ajustada a Derecho, mientras que la institución de la responsabilidad patrimonial entraría en juego ante las realizadas de forma ilícita.

De acuerdo con Melón Muñoz, el fundamento último de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que justifica su existencia, es la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, que les faculta a reclamar frente a las administraciones públicas cuando éstas les causen un daño específico y singular, que no tengan el deber de

soportar, y que supere el sacrificio general o carga pública media exigible a todos los ciudadanos.

Este autor añade, como fundamento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la reparación del riesgo social, en la medida en que si la actividad de la Administración va encaminada al interés general, es de justicia que los daños que cause en dicha actividad sean resarcidos económicamente por la colectividad.

## **2. NORMATIVA APLICABLE**

La Constitución Española de 1978 contiene varios artículos relacionados con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas:

- El artículo 9.3 señala que la Constitución garantiza la responsabilidad de los Poderes públicos.
- El artículo 106.2 consagra los principios fundamentales del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración construido por la normativa preconstitucional, al establecer que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.
- El artículo 121 aborda el ámbito judicial, disponiendo que “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.
- Por fin, el artículo 149.1.18<sup>a</sup> otorga competencia exclusiva al Estado para regular “el sistema de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones públicas”.

El desarrollo de estas previsiones constitucionales lo encontramos, para la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Justicia, en los artículos 292 a 297 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial.

Por su parte, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas fue objeto de

regulación en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, completado en los aspectos procedimentales por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real decreto 429/1993, de 26 de marzo. Estas disposiciones han sido sustituidas por las vigentes Leyes 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, que dedica el capítulo IV de su título preliminar a los aspectos sustantivos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, y 39/2015, también de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas, que incluye dentro de la regulación de éste las especialidades de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial.

Asimismo, para el caso particular de la responsabilidad de la Administración por los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución de los contratos públicos, es preciso tener en cuenta los artículos 214, 246.e) y 280.c) del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Formalmente, sigue vigente el capítulo II del título IV de Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, que es de donde procede la actual configuración del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración en el Ordenamiento jurídico español, pero sus previsiones sólo serán aplicables en la medida en que no contradigan las normas con rango de ley sobre la misma materia dictadas con posterioridad, a las que se acaba de hacer referencia.

### **3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN ESPAÑA**

*- Responsabilidad total: garantía frente a daños provenientes de cualquier Poder público*

Como se indica más adelante, el ordenamiento jurídico español garantiza al ciudadano la indemnidad de su patrimonio frente a daños provenientes no sólo de una Administración pública, sino de cualquier Poder público (incluyendo órganos legislativos y judiciales).

*- Responsabilidad directa*

En el ámbito patrimonial, la Administración responde directamente (no subsidiariamente) de la actuación de las personas físicas que la sirven, de acuerdo con el artículo 36.1 de la Ley 40/2015. Se exceptúa el caso de la responsabilidad civil derivada de delitos cometidos por autoridades, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones, la cual sólo le corresponde subsidiariamente, en los términos previstos por el artículo 121 del Código penal.

*- Responsabilidad objetiva*

Significa que la Administración, en principio, debe responder con independencia de si ha existido dolo (voluntad deliberada) o culpa (negligencia) en la producción del daño.

Esta característica constituye la gran diferencia teórica entre la responsabilidad patrimonial entre particulares y la que tiene lugar entre los Poderes públicos y éstos, pues mientras la normativa civil exige culpa o negligencia para la responsabilidad extracontractual entre particulares, de acuerdo con el artículo 1.902 del Código civil ("el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"), la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas excluye esta exigencia.

De esta manera, la responsabilidad de las administraciones públicas se va a configurar, no como una sanción por un comportamiento inadecuado, sino en un mecanismo objetivo de reparación que se pone en funcionamiento cuando se ha producido una lesión patrimonial (García de Enterría).

## **II. LESIÓN DETERMINANTE, SUJETOS IMPUTABLES Y CAUSAS DE IMPUTACIÓN**

### **1. LESIÓN DETERMINANTE**

El primer presupuesto para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración es que el particular haya sufrido una lesión en cualquiera de sus bienes y derechos que reúna los requisitos exigidos por los apartados 1 y 2 del artículo 32 y el apartado 1 del artículo 34 de la Ley 40/2015, es decir, que se trate de un daño antijurídico, efectivo,

evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

*- Antijuridicidad*

El artículo 34.1 de la Ley 40/2015 establece que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. El mismo requisito se recoge también, pero de manera negativa, en el último inciso del artículo 32.1, que excluye el derecho a indemnización en los casos de “de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Como indican García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, es indiferente si el acto que produce el daño es lícito o no, pues no es antijurídico por la manera de producirse. Lo determinante es que no exista el deber jurídico de soportar el daño, por lo que se trata de una antijuridicidad estrictamente objetiva.

Señala Santamaría Pastor que el deber jurídico de soportar un daño o disminución patrimonial puede venir determinado por una ley (el pago de un impuesto, o el abstenerse de hacer algo prohibido), un acto administrativo dictado en aplicación de una ley (sanción de tráfico), de un contrato (penalidades diarias por incumplimiento del plazo de ejecución), o incluso de actividades derivadas de potestades administrativas en casos en los que el Ordenamiento jurídico no establece claramente un deber para los ciudadanos de soportar dicho daño o lesión patrimonial (como la peatonalización de una calle, que puede perjudicar a los comerciantes de la misma).

García de Enterría y T.R. Fernández añaden que tanto la vinculación del ciudadano con sus actos propios, como sería asumir los riesgos voluntariamente aceptados (una intervención quirúrgica, de acuerdo con los conocimientos y el estado de la técnica, y las circunstancias de lugar y tiempo), como la obligación de soportar las cargas generales de la vida individual y colectiva (como la pérdida de paisaje resultante de la ejecución de una obra pública, soportar ciertos retrasos en el funcionamiento de las administraciones públicas, o los efectos inherentes o propios de la terapia establecida para su curación, aunque pueda provocar dolor, por ejemplo), excluyen la antijuridicidad del daño.



El artículo 34.1 de la Ley 40/2015 añade en su segundo inciso que “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Ejemplo de esta previsión es la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999, relativa a un caso de transfusión de sangre que infectó a una persona con el virus de la hepatitis C, realizada en un momento en que técnicamente no era posible detectar el virus en el plasma sanguíneo.

La carga de la prueba de que los hechos o circunstancias de los que se derive el daño no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos recae en la Administración.

#### *- Efectividad*

El artículo 32.2 de la Ley 40/2015 exige que el daño sea efectivo, lo que significa que tiene que ser actual y real, no quimérico o meramente posible.

En el límite entre la efectividad y la irrealidad nos encontramos el caso del equipo de fútbol que por culpa del retraso de un transporte público pierde sus opciones reales de jugar un partido y ascender de categoría, caso indemnizable, frente al supuesto en el que una persona pide una indemnización por haber sido atropellada por una ambulancia y haber perdido tanto sus opciones de comprar un décimo de lotería como sus mínimas opciones de haber sido premiada, caso no indemnizable.

En todo caso, la carga de la prueba de la efectividad de la lesión recae en la persona que la alega.

#### *- Evaluabilidad económica*

El artículo 32.2 de la Ley 40/2015 también exige que el daño sea evaluable económicamente, lo que debe ser entendido en sentido laxo. En efecto, de acuerdo con el

apartado 1 del artículo 34, la lesión indemnizable puede afectar a cualquiera de los bienes y derechos del administrado, lo que significa que se incluyen tanto los daños de carácter patrimonial, fácilmente evaluables con criterios económicos objetivos, como los de carácter personal sin repercusión patrimonial (por ejemplo, el fallecimiento de una persona que no tenía ningún ingreso o la causación de dolor, que no provoca ninguna pérdida patrimonial) y los daños morales (los relativos a derechos de la personalidad como el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen), cuya evaluación económica objetiva es más compleja, aunque no imposible.

Así, para la valoración de los daños personales y morales (el llamado “pretium doloris”), la jurisprudencia recurre a un juicio estimativo, a una apreciación conjunta y racional, aunque no matemática, que ante la ausencia de módulos objetivos intente traducir a términos monetarios circunstancias complejas y subjetivas (sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993, de 2 de diciembre de 1995, de 20 de julio de 1996, de 5 de junio de 1997 y de 20 de enero de 1998).

#### *- Individualización*

Como último requisito de la lesión resarcible, el artículo 32.2 exige que el daño sea individualizado con relación a una persona o grupo de personas. Por consiguiente, no dan lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración los daños que afecten a la generalidad de los ciudadanos, como los daños que pueda provocar la actividad industrial de las Administraciones públicas sobre la capa de ozono o el cambio climático (Conde Castelo), o la suspensión del tráfico rodado por ciertas calles de una ciudad durante las fiestas patronales.

Este requisito de la individualización del daño no exige que éste se concrete en una única persona, ya que permite que lo haga en una pluralidad determinada de personas (“un grupo de personas”), como podrían ser los habitantes de un edificio que amenaza ruina por culpa de unas obras municipales realizadas en sus cimientos, o incluso las empresas situadas en una determinada zona.

Como indica Santamaría Pastor, el dato determinante es que ese grupo de personas sufra un “sacrificio especial”, una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas.

## **2. SUJETOS IMPUTABLES**

Desde el punto de vista del sujeto activo, causante de la lesión, la responsabilidad puede calificarse, como hace Santamaría Pastor, y como ya se ha indicado más arriba, de total, en la medida en que engloba a todos los Poderes públicos, incluyendo a:

### *- Las Administraciones públicas*

Por Administraciones públicas hay que entender a estos efectos todo el conjunto del sector público al que se refiere el artículo 2.1 de la Ley 40/2015, es decir, las Administraciones territoriales (Administración general del Estado, Administraciones de las Comunidades autónomas y entidades que integran la Administración local), actúen en relaciones de Derecho público o de Derecho privado, y el sector público institucional, con independencia de la forma pública o privada de personificación de cada ente. En este sentido, el artículo 35 de la Ley 40/2015 señala que cuando las Administraciones públicas actúen, directamente o a través de una entidad de Derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de Derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de Derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad.

La responsabilidad de las Administraciones públicas nacerá de las acciones u omisiones de cualquier persona al servicio de las mismas, entendiendo el concepto de servidor público en sentido amplio, lo que incluye a funcionarios, personal laboral, personal eventual (cargos de confianza), e incluso personas que desempeñen por cualquier título, de forma ocasional o permanente, funciones públicas, como un cónsul honorario. De acuerdo con el artículo 36.1 de la Ley 40/2015, para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial en estos casos los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio, con lo que no cabe dirigirse contra éstos, salvo por vía penal para exigir la responsabilidad civil derivada de un delito que hayan cometido en el ejercicio de sus funciones.

García de Enterría y T.R. Fernández incluyen supuestos todavía más extremos, como el del

mero gestor oficioso o de facto, o el del daño provocado por persona que se encuentre bajo la autoridad o custodia de la Administración, como el caso del enfermo mental que se arroja por la ventana de un hospital, matando a un transeúnte e hiriendo gravemente a otro (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975).

Sólo en el caso de que estas personas causaran el daño en actuaciones completamente ajenas a las funciones públicas, la Administración no quedaría imputada.

Tampoco son imputables a las Administraciones públicas las actuaciones de:

- Los contratistas, salvo cuando los daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, o cuando los daños se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación (artículo 214 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público). En estos casos, los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.
- Los concesionarios, salvo que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste (artículo 121.2 de la Ley de expropiación forzosa). Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso (artículo 123 de la Ley de expropiación forzosa).
- Los profesionales que ejercen funciones públicas, como los notarios.

- *Los órganos legislativos*

La responsabilidad de los órganos legislativos (Cortes generales y Parlamentos

autonómicos) puede derivar:

- De la aprobación de leyes, con lo que estaríamos ante la llamada responsabilidad del Estado-legislador, regulada en los apartados 3, 4, 5 y 6 de la Ley 40/2015, que distingue tres supuestos en los que la Administración correspondiente, estatal o autonómica, habrá de hacerse cargo de indemnizar los daños si se cumplen los requisitos especificados en cada caso, además de los generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración:

- Aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen.

- Aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada. De acuerdo con el artículo 34.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, sólo serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma, salvo que la sentencia disponga otra cosa.

- Aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, cuando el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada. Como en el caso anterior, sólo serán indemnizables los daños producidos en el plazo de los cinco años anteriores a la fecha de la publicación de la sentencia que declare el carácter de norma contraria al Derecho de la Unión Europea, salvo que la sentencia disponga otra cosa. Asimismo, deberán cumplirse todos los requisitos

siguientes:

- La norma ha de tener por objeto conferir derechos a los particulares.
- El incumplimiento ha de estar suficientemente caracterizado.
- Ha de existir una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación impuesta a la Administración responsable por el Derecho de la Unión Europea y el daño sufrido por los particulares.
- De su actividad interna o doméstica de carácter materialmente administrativo, como sería un atropello provocado por un automóvil adscrito al Congreso de los Diputados.

*- Los órganos judiciales*

Dentro del término Administración de justicia, de acuerdo con Melón Muñoz, que recoge la doctrina del Consejo de Estado y Tribunal Supremo, hay que entender incluida la actividad de jueces y magistrados, servicios esencialmente unidos al funcionamiento de la justicia (secretarios, oficiales, auxiliares y agentes), instituciones penitenciarias, órganos de gobierno del Poder Judicial (en cuanto a cuestiones procesales y de desarrollo legislativo), el Ministerio Fiscal, el Tribunal de Cuentas, los tribunales consuetudinarios (Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, integrado en el Consejo General del Poder Judicial), la policía judicial (en caso de dependencia funcional de jueces y fiscales), jurisdicción voluntaria (deslindes), y peritos judiciales (incluidos médicos forenses).

Tal como señala el artículo 32.7 de la Ley 40/2015, la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley orgánica del Poder Judicial (artículos 292 a 297).

Por su parte, el apartado 8 del artículo 32 regula el caso especial de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento anormal del Tribunal Constitución. Según este precepto, el Consejo de Ministros fijará el importe de las indemnizaciones que proceda abonar cuando el Tribunal Constitucional haya declarado, a instancia de parte interesada,

la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de los recursos de amparo o de las cuestiones de inconstitucionalidad. El procedimiento para fijar el importe de las indemnizaciones se tramitará por el Ministerio de Justicia, con audiencia al Consejo de Estado.

### **3. CAUSAS DE IMPUTACIÓN**

El artículo 32.1 de la Ley 40/2015 señala que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

#### *- Tipos de actividad dañosa*

El término “servicio público” debe entenderse aquí en sentido amplio, considerándose indemnizables los daños causados por cualquier tipo de actividad de la Administración, lo que incluye, como señala Parada Vázquez:

- La actividad del servicio público en sentido estricto, es decir, la prestacional.
- La actividad de policía o limitación.
- La actividad sancionadora.
- La actividad arbitral.
- La actividad de fomento, cuando favorezca a unos administrados en detrimento de otros.

La actividad dañosa puede derivar de una acción u omisión, siendo ejemplos de esta última el incumplimiento de deberes de inspección urbanística por parte de la Administración, o la dejación de autoridad, al no impedir la invasión de una concesión marisquera. El mero retraso en la tramitación de expedientes no genera responsabilidad, salvo que la tardanza sea totalmente desproporcionada (como la de cuatro años en resolver un recurso de alzada contra una sanción que privaba al interesado de un carné profesional necesario para ejercer su actividad).

Formalmente, de acuerdo con Santamaría Pastor, la responsabilidad puede derivar:

- De la simple emisión de normas reglamentarias, aunque en márgenes muy estrechos, por dos motivos:
  - Los reglamentos son normas que crean deberes jurídicos, por lo que se eliminaría la antijuridicidad del perjuicio, siempre y cuando esos deberes provengan de una norma superior (una ley), y no del mismo reglamento.
  - La generalidad del reglamento impide que el daño se pueda circunscribir a un “grupo de personas”. Tendría que tratarse de un reglamento con un ámbito de destinatarios muy reducido y perfectamente identificable.
- De actos administrativos formales (como una sanción de tráfico o la expropiación de un bien). Tanto en este caso como en el anterior ha de tenerse en cuenta que, tal como advierte el artículo 32.1, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización, y de hecho, la jurisprudencia, además de los requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, suele exigir en estos supuestos que el vicio del acto o disposición que conduce a su anulación sea especialmente cualificado.
- De actuaciones materiales, que transformen la realidad física.
- La inactividad de la Administración, consistente en la omisión de los deberes de actuar que impone el Ordenamiento jurídico, como el incumplimiento de deberes de inspección urbanística por parte de la Administración, la no reparación de baches en la carretera, la muerte de un enfermo por falta de asistencia del personal de un hospital, o la dejación de autoridad, al no impedir la invasión de una concesión marisquera. Como se ha dicho, el mero retraso en la tramitación de expedientes no genera responsabilidad, salvo que la tardanza sea totalmente desproporcionada.



*- Funcionamiento anormal y funcionamiento normal de los servicios públicos*

Por funcionamiento anormal de los servicios públicos hay que entender que la Administración ha actuado de forma incorrecta técnicamente, de acuerdo con estándares medios de eficacia que, a falta de mayor criterio objetivo, son determinados empírica y casuísticamente por la jurisprudencia.

Funcionamiento anormal en ningún caso significa que la actuación se haya realizado con dolo o culpa por parte del autor del daño, ni que la actuación sea ilegal, ilícita o ilegítima, ya que, como antes se ha dicho, a diferencia de la regulación genérica de la responsabilidad extracontractual en el Código civil, la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas es objetiva, y no requiere dolo o culpa del causante del daño.

Con respecto al funcionamiento normal, Parada Vázquez y Santamaría Pastor coinciden al relacionarlo con supuestos de responsabilidad por riesgo, es decir, los derivados de la mera existencia de la actividad administrativa, de cuyas consecuencias dañosas debe responder, como sería el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991, en la que se condena a la Administración a pesar de que no se aprecia anormalidad en el funcionamiento del hospital ni falta alguna en el cirujano por la muerte de un paciente en una operación quirúrgica.

Se incluiría también en estos supuesto los daños causados por caso fortuito, que se diferencia de la fuerza mayor en que, además de ser indeterminado -en cuanto a que se ignora la causa del accidente productor de la lesión-, el daño está directamente conectado con el funcionamiento de la Administración, como la explosión imprevisible del motor de un vehículo de la Administración en plena calle, el estallido repentino de una bombona de oxígeno en un hospital, o incluso la “mala suerte” derivada de la decisión del cirujano “de atender prioritariamente al aneurisma del lado derecho en vez del izquierdo, opción legítima desde las reglas de la *lex artis*, pero que resultó a posteriori y a nivel de experiencia desacertada” (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991).

Por su parte, la fuerza mayor (que excluye, de acuerdo con los artículos 106.2 de la Constitución y 32.1 de la Ley 40/2015, la responsabilidad de la Administración), aunque

podiera ser prevista, es inevitable, insuperable e irresistible, y, sobre todo, tiene un origen externo y extraño a la actividad de la Administración, como podría ser un terremoto, maremoto o erupción volcánica. La carga de la prueba de la concurrencia de la fuerza mayor recae en la Administración (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1981).

Santamaría Pastor también incluye entre estos supuestos de funcionamiento normal los de responsabilidad por enriquecimiento injusto o sin título de la Administración. Son casos en los que la Administración obtiene una ventaja al tiempo que otra persona sufre por ello un daño o disminución patrimonial (como en la construcción en exceso que pudiera haber realizado un contratista a favor de la Administración fuera de los estrictos términos del contrato).

#### **4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD**

Como ya se ha dicho, el artículo 32.1 de la Ley 40/2015 establece que la lesión indemnizable debe ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

El problema de la relación de causalidad radica en que comúnmente a la producción de un resultado lesivo determinado pueden contribuir varias causas, lo que ha llevado a la jurisprudencia a seguir ciertas teorías, como la de la causalidad exclusiva (que sólo hacía responsable a la Administración cuando el daño se había debido a la exclusiva intervención de la Administración), equivalencia de las condiciones (que igualaba a todas las causas y permitía que se impusiese la obligación de indemnizar al autor de cualquiera de ellas) y la de la causalidad adecuada (por la que se seleccionaba una de las causas, por sí sola idónea para producir el daño, y si esa causa era la de la Administración, a ella se le hacía responder).

Señalan García de Enterría y T.R. Fernández que el juez tiene que deslindar entre el poder causal de cada hecho y asignar a cada causa una parte del daño, y a cada agente una parte de la indemnización correspondiente. La dificultad de la tarea hace que jurisprudencia española y extranjera renuncien a cualquier intento de categorización y se limite a resolver caso por caso, con cierta flexibilidad.

Además de la intervención de una causa extraña, como es la fuerza mayor, que ya se ha comentado anteriormente, la doctrina habla de otros supuestos en que la relación de causalidad se ve perturbada en mayor o menor medida:

- Conducta culposa de la víctima. En principio, no supone exoneración total de responsabilidad de la Administración, pero sí una prudente moderación de la misma, produciéndose una compensación de culpas (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1993, de 18 de noviembre de 1994 y de 4 de octubre de 1995).

Si a pesar de que la víctima actuó de forma culposa (no se detuvo en un control de carretera), la Administración actuó de forma desproporcionada (abatió a tiros a los ocupantes del coche), se atribuye la obligación de indemnizar íntegramente a la Administración.

No obstante, la responsabilidad de la Administración queda excluida cuando haya concurrido intencionalidad o grave negligencia de la víctima (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1997).

- Intervención de un tercero. Señala Santamaría Pastor que la intervención del tercero no rompe el nexo causal, imponiendo la jurisprudencia a la Administración íntegramente el deber de indemnizar (sobre todo en casos de difícil identificación del tercero), aceptándose una solidaridad tácita entre los distintos causantes del daño.

- Concurrencia de varias Administraciones. Estos supuestos están detalladamente regulados en el artículo 33 de la Ley 40/2015, que distingue dos posibilidades:

- Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la ley, las Administraciones intervinientes responderán frente al particular, en todo caso, de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones públicas.

La Administración competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos de responsabilidad patrimonial será la fijada en los Estatutos o reglas de la organización colegiada. En su defecto, la competencia vendrá atribuida a la Administración pública con mayor participación en la financiación del servicio. La Administración Pública competente deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, éstas puedan exponer cuanto consideren procedente.

- En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación.

### **III. LA EXTENSIÓN DE LA REPARACIÓN**

#### **1. EL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL**

La indemnización debe suponer una reparación integral de todos los daños y perjuicios causados por la actuación administrativa, incluyendo tanto el daño emergente (valor de la pérdida sufrida o de los bienes destruidos o perjudicados) como el lucro cesante (ganancia dejada de obtener, siempre que resulte probada y no sea expresión de deseos infundados; sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1985 y de 5 de diciembre de 1997).

#### **2. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN**

El artículo 34.2 de la Ley 40/2015 establece que la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. Ahora bien, como estos criterios sólo son aplicables a los daños ocasionados en bienes o derechos de naturaleza patrimonial, el precepto añade que en los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad

Social, lo que constituye una mera indicación para los órganos competentes para fijar la indemnización, que disponen de un amplio margen de valoración en estos supuestos.

### **3. FECHA DE VALORACIÓN DEL PERJUICIO**

De acuerdo con el artículo 34.3 de la Ley 40/2015, la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, o, en su caso, a las normas presupuestarias de las Comunidades autónomas.

En caso de proceso contencioso-administrativo, debe computarse todo el tiempo que dure, a efectos de actualización de la cuantía y del cómputo de intereses.

### **4. MODALIDADES DE INDEMNIZACIÓN**

La persona que sufre la lesión tiene derecho a ser indemnizada en metálico y en un solo pago, pero el artículo 34.4 de la Ley 40/2015 permite que la indemnización procedente sea sustituida por una compensación en especie o sea abonada mediante pagos periódicos, siempre que se cumplan tres requisitos:

- Que resulte más adecuado para lograr la reparación debida.
- Que convenga al interés público.
- Que exista acuerdo con el interesado.

## **IV. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD**

### **1. PLAZO PARA RECLAMAR**

De acuerdo con el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, el derecho a reclamar las responsabilidad patrimonial de la Administración prescribirá al año. Este plazo, que, como se ve, es de prescripción y, por lo tanto, admite interrupción, se empieza a computar:

- Con carácter general, desde que se produce el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo.
- En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.
- En los casos en que proceda reconocer derecho a indemnización por anulación en vía administrativa o contencioso-administrativa de un acto o disposición de carácter general, desde la notificación de la resolución administrativa o la sentencia definitiva.
- En los casos de responsabilidad patrimonial del legislador a que se refiere el artículo 32, apartados 4 y 5, de la Ley 40/2015, desde la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* o en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, según el caso, de la sentencia que declare la inconstitucionalidad de la norma o su carácter contrario al Derecho de la Unión Europea.

## **2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RECLAMACIÓN**

### *- Necesidad de reclamación administrativa como regla general*

Salvo en los casos en que es posible reclamar directamente la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que luego se verán, la regla general es que hay que exigir primeramente la reparación a la Administración causante de la lesión, a través de un procedimiento administrativo específico que en la actualidad se regula en la Ley 39/2015 a través de la previsión de especialidades en el procedimiento administrativo común.

### *- Iniciación*

La iniciación del procedimiento se puede producir de oficio o a solicitud del interesado.

En el primero caso, de acuerdo con el artículo 65.1 de la Ley 39/2015, será necesario que no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado. Si la iniciación de oficio se produce a petición razonada de un órgano distinto al competente, el artículo 61.4 matiza que dicha petición deberá individualizar la lesión producida en una persona o grupo de

personas, su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, su evaluación económica si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo.

El acuerdo de iniciación del procedimiento se notificará a los particulares presuntamente lesionados, concediéndoles un plazo de diez días para que aporten cuantas alegaciones, documentos o información estimen conveniente a su derecho y propongan cuantas pruebas sean pertinentes para el reconocimiento del mismo. El procedimiento iniciado se instruirá aunque los particulares presuntamente lesionados no se personen en el plazo establecido (artículo 65.2 de la Ley 39/2015).

En cuanto a la iniciación a solicitud del interesado, el artículo 67.2 de la Ley 39/2015 especifica que en este tipo de solicitudes se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo. Además, las solicitudes irán acompañadas de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretándose los medios de que pretenda valerse el reclamante.

#### *- Instrucción*

De acuerdo con el artículo 81.1 de la Ley 39/2015, la instrucción de los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración incluye como trámite preceptivo la solicitud de informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo de su emisión.

Añade el apartado 2 del artículo 81 que, cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad autónoma.

En el caso de la Comunidad autónoma de Galicia, las cuantías que establece el artículo 12.j) de la Ley 3/2014, de 24 de abril, del Consello Consultivo de Galicia, para que sea

preceptivo el dictamen de este órgano son más de 30.000 euros para la Administración autonómica y más de 15.000 euros para las Administraciones locales.

El órgano instructor, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del trámite de audiencia, remitirá al órgano competente para solicitar el dictamen una propuesta de resolución, que se ajustará a lo previsto en el artículo 91 de la Ley 39/2015, o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento.

El dictamen se emitirá en el plazo de dos meses y deberá pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 40/2015.

A lo anterior hay que sumar las siguientes especialidades:

- En el caso de responsabilidad concurrente derivada de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones públicas, la Administración competente para incoar, instruir y resolver los procedimientos deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, éstas puedan exponer cuanto consideren procedente (artículo 33.4 de la Ley 39/2015).
- En el caso de reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, será preceptivo el informe del Consejo General del Poder Judicial que será evacuado en el plazo máximo de dos meses. El plazo para dictar resolución quedará suspendido por el tiempo que medie entre la solicitud, del informe y su recepción, no pudiendo exceder dicho plazo de los citados dos meses (artículo 81.3 de la Ley 39/2015).
- En los procedimientos de responsabilidad patrimonial a los que se refiere el artículo 32.9 de la Ley 40/2015, es decir, los relativos a responsabilidad de las Administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos cuando sean consecuencia de una orden inmediata y directa



de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, será necesario en todo caso dar audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios (artículo 82.5 de la Ley 39/2015).

#### *- Terminación*

En los procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración se admite la terminación convencional. A este respecto, el artículo 86.5 de la Ley 39/2015 precisa que el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley 40/2015.

Señala el artículo 91.1 de la Ley 39/2015, una vez recibido, en su caso, el dictamen al que se refiere el artículo 81.2 o, cuando éste no sea preceptivo, una vez finalizado el trámite de audiencia, el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo. Cuando no se estimase procedente formalizar la propuesta de terminación convencional, el órgano competente resolverá en los términos previstos en el apartado siguiente.

La competencia para dictar la correspondiente resolución viene establecida en artículo 92 de la Ley 39/2015:

- En el ámbito de la Administración general del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro respectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley 40/2015 (responsabilidad del Estado legislador).
- En el ámbito autonómico y local, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por los órganos correspondientes de las Comunidades autónomas o de las entidades que integran la Administración local.
- En el caso de la Administración general de la Comunidad autónoma de Galicia, el artículo 5 de la Ley 6/2001, de 29 de junio, de adecuación de la

normativa de la Comunidad autónoma de Galicia a la Ley 4/1999, atribuye la competencia al Conselleiro respectivo, salvo que una ley especial atribuya la competencia al Consello de la Xunta.

- En el caso de los municipios y provincias, la competencia corresponde al Alcalde o al Presidente de la Diputación, en virtud de la cláusula residual de competencia recogida en los artículos 21.1.s), 34.1.o) y 124.4.ñ) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.
- En el caso de las entidades de Derecho público, las normas que determinen su régimen jurídico podrán establecer los órganos a quien corresponde la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial y, en su defecto, se aplicarán las normas previstas en el artículo 92 de la Ley 39/2015. Para los organismos autónomos o entes de Derecho público del sector público autonómico de Galicia, el artículo 5 de la Ley 6/2001 antes citado establece que será competente el titular de la Consellería a que estén adscritos, salvo que su ley de creación disponga otra cosa.

En cuanto al contenido de la resolución, el artículo 91 de la Ley 39/2015 dispone que, además de lo previsto en el artículo 88, en los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, será necesario que la resolución se pronuncie sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en el artículo 34 de la Ley 40/2015.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución (o, en su caso, para formalizar el acuerdo sustitutivo de ésta) es de seis meses, siendo el sentido del silencio desestimatorio, según establecen tanto el artículo 91.3 como el artículo 24.1, párrafo segundo, de la Ley 39/2015.

La resolución pone fin a la vía administrativa (artículo 114.1.e) de la Ley 39/2015).

### **3. TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RECLAMACIÓN**

La tramitación simplificada del procedimiento administrativo común, prevista en el artículo 96 de la Ley 39/2015, es también aplicable a los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Dispone el apartado 4 del artículo que, si una vez iniciado el procedimiento administrativo, el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento simplificado.

Salvo que reste menos para su tramitación ordinaria, los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en treinta días, a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento, y constarán únicamente de los siguientes trámites:

- Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado.
- Subsanción de la solicitud presentada, en su caso.
- Alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días.
- Trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado.
- Informe del servicio jurídico, cuando éste sea preceptivo.
- Informe del Consejo General del Poder Judicial, cuando éste sea preceptivo.
- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad autónoma en los casos en que sea preceptivo. Desde que se solicite el dictamen al Consejo de Estado, u órgano equivalente, hasta que éste sea emitido, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver.

El órgano competente solicitará la emisión del dictamen en un plazo tal que permita

cumplir el plazo de resolución del procedimiento. El dictamen podrá ser emitido en el plazo de quince días si así lo solicita el órgano competente.

En todo caso, en el expediente que se remita al Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente, se incluirá una propuesta de resolución. Cuando el dictamen sea contrario al fondo de la propuesta de resolución, con independencia de que se atienda o no este criterio, el órgano competente para resolver acordará continuar el procedimiento con arreglo a la tramitación ordinaria, lo que se notificará a los interesados. En este caso, se entenderán convalidadas todas las actuaciones que se hubieran realizado durante la tramitación simplificada del procedimiento, a excepción del dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente.

- Resolución.

#### **4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS AUTORIDADES Y PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

Como ya se ha dicho más atrás, el artículo 36.1 de la Ley 40/2015 obliga a los particulares a exigir directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.

Ahora bien, el apartado 2 del artículo añade que la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento. Como se puede observar, este tipo de responsabilidad de las autoridades y de los empleados públicos no sólo no es objetiva, sino que se exige un elemento subjetivo especialmente cualificado: la intencionalidad (dolo) o la culpa o negligencia graves, lo que excluye la posibilidad de repetir contra la autoridad o empleado en los supuestos de negligencias leves.

Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las

Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

Según el apartado 3 del artículo 36, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos, también cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves.

El procedimiento en cuestión se iniciará siempre de oficio por acuerdo del órgano competente, que se notificará a los interesados, y constará, al menos, de los siguientes trámites:

- Alegaciones durante un plazo de quince días.
- Práctica de las pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días.
- Audiencia durante un plazo de diez días.
- Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia.
- Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días.

La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.

Por último, el apartado 6 del artículo 36 de la Ley 40/2015 advierte que todo lo anterior se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes. En este sentido, el artículo 37 establece que la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. La exigencia de este tipo de responsabilidad no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial

## **5. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EN VÍA JURISDICCIONAL**

### *- Competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo*

Aunque durante largo tiempo ha sido una cuestión muy controvertida, en la actualidad la legislación procesal deja claro que la competencia para conocer de los litigios relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde exclusivamente al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, con la única excepción, ya apuntada, de la responsabilidad civil derivada de delito.

Así, de acuerdo con el artículo 9.4, párrafos segundo y tercero, de la Ley orgánica del Poder judicial, los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.

Por su parte, el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, reafirma que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuentan con un seguro de responsabilidad.

### *- Reclamación directa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en vía jurisdiccional*

Aunque, como ya se ha dicho, la regla general es que resulta preceptivo ejercitar la acción de responsabilidad por vía administrativa, a través del procedimiento recogido en la Ley 39/2015, la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa contempla excepciones. Así, su artículo 31.2 permite acumular en las demandas a la pretensión de que se declare no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, citando expresamente entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda. Lo mismo se prevé para el caso de impugnación de actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho en el artículo 32.2.

Por consiguiente, en estos supuestos el administrado puede elegir entre pedir en la demanda la anulación del acto o la disposición y al mismo tiempo la indemnización de daños y perjuicios, sin reclamación administrativa previa, o esperar a obtener la sentencia definitiva anulatoria del acto o disposición, y luego presentar la reclamación de responsabilidad patrimonial por vía administrativa en el plazo de un año desde la notificación de aquélla (artículo 67.1, párrafo segundo, de la Ley 39/2015).

## **BIBLIOGRAFÍA**

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, II, 14ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2015.

LÓPEZ MENUDO, F., GUICHOT REINA, E. Y CARRILLO DONAIRE, J. A.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, 2005.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho administrativo general*, II, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2015.

## **TEMA 20**

**LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVA: NATURALEZA, EXTENSIÓN Y  
LÍMITES. ÓRGANOS Y COMPETENCIAS.  
CAPACIDAD PROCESAL, LEGITIMACIÓN,  
REPRESENTACIÓN Y DEFENSA. ACTOS  
IMPUGNABLES.**



## **TEMA 20. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: NATURALEZA, EXTENSIÓN Y LÍMITES. ÓRGANOS Y COMPETENCIAS. CAPACIDAD PROCESAL, LEGITIMACIÓN, REPRESENTACIÓN Y DEFENSA. ACTOS IMPUGNABLES.**

### **I. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: NATURALEZA, EXTENSIÓN Y LÍMITES.**

#### **1. Introducción**

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo constituye la garantía judicial específica de la protección de los derechos del ciudadano frente a la actuación de los poderes públicos y de la conformidad de su actuar a la ley y al derecho. Le corresponde, por mandato constitucional, el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 de la Constitución española de 1978), que se ejerce a través de los juzgados y tribunales determinados en la ley, a quienes corresponde juzgar y ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 del texto constitucional).

En España rige la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), tributaria de la anterior de 1956, cuya calidad técnica ha sido unánimemente reconocida. Aunque precursora de algunos principios democráticos que luego recogería la Constitución española de 1978, la Ley de 1956 era tributaria del tiempo histórico en que fue dictada; sin embargo, y como consecuencia de una interpretación progresiva por la doctrina y la práctica judicial y a reformas puntuales en su articulado, se logró que su texto estuviese vigente durante dos décadas de la etapa constitucional. Pese a ello, existían razones objetivas que impulsaban a su reforma. Por una parte, era necesario adaptar el sistema de justicia administrativa al marco constitucional, en el que se proclama como derecho fundamental el de la tutela judicial efectiva y se produce un trascendental cambio que en la estructura territorial del Estado, ahora profundamente descentralizado, que repercute en la organización y planta judicial. Por otra parte, la reforma procesal del contencioso tuvo sus principales motores en circunstancias ajenas al estricto texto de la ley y que se relacionaban con una situación de bloqueo de la justicia administrativa ante una saturación de asuntos que provocaba retrasos y dilaciones extremas en la resolución de las causas, que ponía en gravísimo riesgo la *eficacia social* de la jurisdicción y la propia tutela judicial efectiva proclamada en el artículo 24 de la

Constitución. Las medidas incorporadas a la ley no han resultado, pese al esfuerzo, suficientes para cambiar la grave situación de congestión de la justicia.

La jurisdicción contencioso-administrativa se organiza a través de cinco tipos de órganos que admiten una doble clasificación: por su ámbito territorial, tres de ámbito estatal y dos de ámbito inferior; por su composición, tres de naturaleza colegiada y dos unipersonales. Se trata de los juzgados de lo contencioso-administrativo, las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de Justicia, los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. El capítulo II del título I de la LJCA (artículos 6 a 13) regula las competencias de cada uno de estos órganos.

## 2. Naturaleza

El ordenamiento jurídico español reconoce un sistema de control de la actuación administrativa *judicial, ordinario y especializado*. La primera nota –*carácter judicial*– significa que corresponde el control a jueces y tribunales pertenecientes al Poder Judicial (artículo 117.3 CE). La segunda –*naturaleza ordinaria*– significa que la contencioso-administrativa constituye una de las proyecciones de la justicia ordinaria, en contraposición a las jurisdicciones especiales, limitadas en nuestra Constitución al ámbito militar en virtud del principio de unidad jurisdiccional (artículo 117.5 CE). La tercera nota –*carácter especializado*– hace referencia a la específica formación en la materia administrativa de los titulares de los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo.

La jurisdicción que se ejerce en el orden contencioso-administrativo es *plena*. Con esta expresión pretende ponerse de relieve que no se limita a la revisión judicial de actos administrativos (el tradicional carácter *revisor* de la jurisdicción contencioso-administrativa), sino que ante los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo pueden plantearse pretensiones para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración. La Exposición de Motivos de la ley es muy clara en este punto: “Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia jurisdicción contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones

que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley (...) Por eso la nueva ley somete a control de la jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al derecho administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas". Se trata de "superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración" (II).

### **3. Extensión y límites**

La extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa se delimita legalmente en los artículos 1 a 5 de la LJCA, reunidos en el capítulo I del título I, "Ámbito". SANTAMARÍA PASTOR sistematiza estos cinco artículos de acuerdo con el siguiente esquema: la LJCA contiene una cláusula general de competencia (a), criterios subjetivos (b) y objetivos (c) de delimitación de la competencia y un listado de materias excluidas (d).

#### **a) La cláusula general de competencia:**

Con carácter general, el artículo 1 LJCA determina que:

"1. Los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las administraciones públicas sujeta al derecho administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la ley y con los decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación".

#### **b) Criterios subjetivos de delimitación de la competencia:**

La LJCA establece cinco criterios subjetivos que completan la cláusula general establecida en el artículo 1.1. Siguiendo, como se ha dicho, la sistemática de SANTAMARÍA PASTOR, estos criterios son los que se exponen a continuación.

1º) La Jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las *administraciones públicas* sujeta al derecho administrativo.

Centrándonos en el aspecto “subjetivo”, es preciso señalar que la LJCA ha actualizado el concepto de “Administración pública” a los efectos de esta ley. Así, el artículo 1.2 señala:

“Se entenderá a estos efectos por administraciones públicas:

- a) La Administración general del Estado.
- b) Las administraciones de las comunidades autónomas.
- c) Las entidades que integran la Administración local.
- d) Las entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales”.

2º) La jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actividad de los *órganos constitucionales, judiciales y electorales*.

A tenor del artículo 1.3:

“Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

- a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.
- b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los juzgados y tribunales, en los términos de la Ley orgánica del poder judicial.
- c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley orgánica del régimen electoral general”.

3º) La Jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de los *actos de Gobierno*, en los términos previstos en el artículo 2.a) de la LJCA:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

4º) La jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las cuestiones que se susciten en relación con las *Corporaciones de Derecho Público*. A tenor del artículo 2.c) de la LJCA:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

c) Los actos y disposiciones de las corporaciones de derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas”.

5º) La jurisdicción contencioso-administrativa conoce de las cuestiones que se susciten en relación con la actividad jurídico-pública de los *concesionarios*, a la que se refiere el artículo 2.d) LJCA:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

d) Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto de los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente”.

c) Criterios objetivos de delimitación de la competencia:

La LJCA completa la cláusula general con un conjunto de preceptos que atribuyen de modo expreso el conocimiento de cuatro cuestiones o materias a la jurisdicción contencioso-administrativa.

1º) Las *disposiciones de rango inferior a la ley* y los *decretos legislativos* cuando excedan

los límites de la delegación, a que se refiere el artículo 1.1 LJCA.

En la expresión de “disposiciones de rango inferior a la ley” deben comprenderse todas las normas reglamentarias, por exigencia del artículo 106.1 de la Constitución, ya citado. Es, por tanto, indiferente, su rango, su contenido material y su origen.

La inclusión de los decretos legislativos proviene del artículo 82.6 de la CE, que salva expresamente el control de los tribunales, y debe entenderse referida exclusivamente a los excesos de la delegación, es decir, a aquella parte de la regulación que incumpla, material o formalmente, la delegación otorgada por el Parlamento. E todo lo demás, el decreto legislativo, por su fuerza de ley, deberá ser fiscalizado por el Tribunal Constitucional.

2º) Los *contratos administrativos* y los *actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las administraciones públicas*, de acuerdo con el artículo 2.b) LJCA.

Con esta previsión caen dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativo, además de los contratos administrativos, los llamados “actos separables” de otros contratos recogidos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

3º) La *responsabilidad patrimonial* de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 2.e) LJCA (en la versión dada por la disposición adicional 14 de la Ley orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, respecto a concurrencia con particulares o la existencia de seguros de responsabilidad).

4º) Las restantes materias que le atribuya expresamente una ley. Con esta cláusula de cierre se deja abierta la atribución a la decisión del legislador. La propia LJCA ha concretado algún supuesto, como el de las *autorizaciones para entrada en domicilios*, cuya competencia corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo, en virtud del artículo 8.6 LJCA.

d) Las materias excluidas:

De acuerdo con el artículo 3 de la LJCA:

“No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

- a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública.
- b) El recurso contencioso-disciplinario militar.
- c) Los conflictos de jurisdicción entre los juzgados y tribunales y la Administración pública y los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración.
- d) Los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán, en exclusiva, al Tribunal Constitucional en los términos establecidos por la disposición adicional quinta de su ley orgánica”.

Además, las disposiciones adicionales de la LJCA contienen algunas delimitaciones negativas del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa:

- La disposición adicional 1ª, apartado 2, declara que no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las decisiones o resoluciones dictadas por la Comisión Arbitral a que se refiere el artículo 39 del Estatuto de autonomía del País Vasco, a la que corresponde resolver los conflictos de competencia que se puedan suscitar entre la Comunidad Autónoma y las de cada uno de sus territorios históricos.

- La disposición adicional 5ª, apartado 2, de modificación del texto refundido de la Ley de procedimiento laboral, recoge un nuevo texto para el artículo 3 de acuerdo con el cual:

“1. No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social:

- a) De la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho a huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal al que se refiere el artículo 1.3 a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores.
- b) De las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las entidades gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta, así como de las relativas a las actas de liquidación y de infracción.
- c) De las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y

actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo en materia laboral, salvo los que se expresen en el apartado siguiente.

2. Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán las pretensiones sobre:

a) Las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, con las excepciones previstas en la letra b) del apartado 1 de este artículo.

b) Las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos”.

## **II. ÓRGANOS Y COMPETENCIAS**

### **Artículo 6**

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo se halla integrado por los siguientes órganos:

- a) Juzgados de lo Contencioso-administrativo.
- b) Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.
- c) Salas de lo Contencioso-administrativo de los tribunales Superiores de Justicia.
- d) Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.
- e) Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

### **Artículo 7**

1. Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que fueren competentes para conocer de un asunto lo serán también para todas sus incidencias y para hacer ejecutar las sentencias que dictaren en los términos señalados en el artículo 103.1.

2. La competencia de los juzgados y salas de lo contencioso-administrativo no será prorrogable y deberá ser apreciada por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días.

3. La declaración de incompetencia adoptará la forma de auto y deberá efectuarse antes de la sentencia, remitiéndose las actuaciones al órgano de la Jurisdicción que se estime competente para que ante él siga el curso del proceso. Si la competencia pudiera



corresponder a un Tribunal superior en grado, se acompañará una exposición razonada, estándose a lo que resuelva éste.

## **Artículo 8**

1. Los juzgados de lo contencioso-administrativo conocerán, en única o primera instancia según lo dispuesto en esta ley, de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales o de las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a las mismas, excluidas las impugnaciones de cualquier clase de instrumentos de planeamiento urbanístico.

2. Conocerán, asimismo, en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las comunidades autónomas, salvo cuando procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto:

a) Cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera.

b) Las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 60.000 euros y en ceses de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses.

c) Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros.

3. Conocerán, en única o primera instancia, de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado y de las comunidades autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y contra las resoluciones de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente los dictados por aquéllos en vía de recurso, fiscalización o tutela.

Se exceptúan los actos de cuantía superior a 60.000 euros dictados por la Administración periférica del Estado y los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, o cuando se dicten en ejercicio de sus competencias sobre dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales.

4. Conocerán, igualmente, de todas las resoluciones que se dicten en materia de

extranjería por la Administración periférica del Estado o por los órganos competentes de las comunidades autónomas.

5. Corresponde conocer a los juzgados de las impugnaciones contra actos de las juntas electorales de zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las juntas electorales, en los términos previstos en la legislación electoral.

6. Conocerán también los juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la entidad pública competente en la materia.

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

Además, los juzgados de lo contencioso-administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, éste se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición.

## **Artículo 9**

1. Los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto:

a) En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por ministros y secretarios de Estado, salvo que confirmen en vía de recurso, fiscalización o tutela, actos dictados por órganos inferiores, o se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el artículo 11.1.a) sobre personal militar.

b) En única o primera instancia contra los actos de los órganos centrales de la

Administración general del Estado en los supuestos previstos en el apartado 2.b) del artículo 8.

c) En primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo i) del apartado 1 del artículo 10.

d) En primera o única instancia, de los recursos contra las resoluciones dictadas por los ministros y secretarios de Estado en materia de responsabilidad patrimonial cuando lo reclamado no exceda de 30.050 euros.

e) En primera instancia, de las resoluciones que acuerden la inadmisión de las peticiones de asilo político.

f) En única o primera instancia, de las resoluciones que, en vía de fiscalización, sean dictadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva. Las referencias al Comité Español de Disciplina Deportiva se entenderán hechas al Tribunal Administrativo del Deporte, conforme establece el número 2 de la disposición adicional cuarta de la LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva (BOE de 21 junio).

2. Corresponderá a los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo la autorización a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, así como autorizar la ejecución de los actos adoptados por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

3. Igualmente, conocerán los juzgados centrales de lo contencioso administrativo del procedimiento previsto en el artículo 12 bis de la Ley orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos.

## **Artículo 10. Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los tribunales Superiores de Justicia**

1. Las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de Justicia conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

- a) Los actos de las entidades locales y de las Administraciones de las comunidades autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los juzgados de lo Contencioso-administrativo.
- b) Las disposiciones generales emanadas de las comunidades autónomas y de las entidades locales.
- c) Los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial.
- d) Los actos y resoluciones dictados por los tribunales económico-administrativos regionales y locales que pongan fin a la vía económico-administrativa.
- e) Las resoluciones dictadas por el Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos.
- f) Los actos y disposiciones de las juntas electorales provinciales y de comunidades autónomas, así como los recursos contencioso-electorales contra acuerdos de las juntas electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de presidentes de corporaciones locales, en los términos de la legislación electoral.
- g) Los convenios entre administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma.
- h) La prohibición o la propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.
- i) Los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración general del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de ministro o secretario de Estado en materias de personal, propiedades

especiales y expropiación forzosa.

j) Los actos y resoluciones de los órganos de las comunidades autónomas competentes para la aplicación de la Ley de defensa de la competencia.

k) Las resoluciones dictadas por el órgano competente para la resolución de recursos en materia de contratación previsto en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en relación con los contratos incluidos en el ámbito competencial de las comunidades autónomas o de las corporaciones locales.

l) Las resoluciones dictadas por los tribunales administrativos territoriales de recursos contractuales.

m) Cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional.

2. Conocerán, en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra sentencias y autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo, y de los correspondientes recursos de queja.

3. También les corresponde, con arreglo a lo establecido en esta ley, el conocimiento de los recursos de revisión contra las sentencias firmes de los juzgados de lo contencioso-administrativo.

4. Conocerán de las cuestiones de competencia entre los juzgados de lo contencioso-administrativo con sede en la Comunidad Autónoma.

5. Conocerán del recurso de casación para la unificación de doctrina previsto en el artículo 99.

6. Conocerán del recurso de casación en interés de la ley previsto en el artículo 101.

## **Artículo 11**

1. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia:

a) De los recursos que se deduzcan en relación con las disposiciones generales y los actos de los ministros y de los secretarios de Estado en general y en materia de personal cuando se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.

Asimismo, conocerá de los recursos contra los actos de cualesquiera órganos centrales del Ministerio de Defensa referidos a ascensos, orden y antigüedad en el escalafonamiento y destinos.

b) De los recursos contra los actos de los ministros y secretarios de Estado cuando rectifiquen en vía de recurso o en procedimiento de fiscalización o de tutela los dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional.

c) De los recursos en relación con los convenios entre administraciones públicas no atribuidos a los tribunales superiores de justicia.

d) De los actos de naturaleza económico-administrativa dictados por el ministro de Economía y Hacienda y por el Tribunal Económico-Administrativo Central, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10.1.e).

e) De los recursos contra los actos dictados por la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo y de la autorización de prórroga de los plazos de las medidas de dicha Comisión, conforme a lo previsto en la Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

f) Las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10.1.k).

g) De los recursos contra los actos del Banco de España, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y del FROB adoptados conforme a lo previsto en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

h) De los recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en defensa de la unidad de mercado.

2. Conocerá, en segunda instancia, de las apelaciones contra autos y sentencias dictados por los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo y de los correspondientes recursos de queja.

3. Conocerá de los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo.

4. También conocerá de las cuestiones de competencia que se puedan plantear entre los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo.

## **Artículo 12**

1. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

- a) Los actos y disposiciones del Consejo de ministros y de las comisiones delegadas del Gobierno.
- b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial.
- c) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo.

2. Conocerá también de:

- a) Los recursos de casación de cualquier modalidad, en los términos establecidos por esta ley, y los correspondientes recursos de queja.
- b) Los recursos de casación y revisión contra las resoluciones dictadas por el Tribunal de Cuentas, con arreglo a lo establecido en su ley de funcionamiento.
- c) Los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, salvo lo dispuesto en el artículo 61.1.1.º de la Ley orgánica del poder judicial.

3. Asimismo conocerá de:

- a) Los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones de la Junta Electoral Central, así como los recursos contencioso-electorales que se deduzcan contra los acuerdos sobre proclamación de electos en los términos previstos en la legislación electoral.
- b) Los recursos deducidos contra actos de las juntas electorales adoptados en el procedimiento para elección de miembros de las Salas de Gobierno de los tribunales, en los términos de la Ley orgánica del poder judicial.

### **Artículo 13**

Para aplicar las reglas de distribución de competencia contenidas en los artículos anteriores, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a) Las referencias que se hacen a la Administración del Estado, comunidades autónomas y entidades locales comprenden a las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas.
- b) La competencia atribuida a los juzgados y tribunales para el conocimiento de recursos contra actos administrativos incluye la relativa a la inactividad y a las actuaciones constitutivas de vía de hecho.
- c) Salvo disposición expresa en contrario, la atribución de competencia por razón de la materia prevalece sobre la efectuada en razón del órgano administrativo autor del acto.

### **Artículo 14 Competencia territorial de los juzgados y tribunales**

1. La competencia territorial de los juzgados y de los tribunales superiores de Justicia se determinará conforme a las siguientes reglas:

Primera. Con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado.

Segunda. Cuando el recurso tenga por objeto actos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, personal, propiedades especiales y sanciones será competente, a elección del demandante, el juzgado o el tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado.

Cuando el recurso tenga por objeto actos de las administraciones de las comunidades autónomas o de las entidades de la Administración local, la elección a que se refiere esta regla segunda se entenderá limitada a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado.

Tercera. La competencia corresponderá al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados cuando se impugnen planes de ordenación urbana y actuaciones urbanísticas, expropiatorias y, en general, las que comporten intervención



administrativa en la propiedad privada.

2. Cuando el acto originario impugnado afectase a una pluralidad de destinatarios y fueran diversos los juzgados o tribunales competentes según las reglas anteriores, la competencia vendrá atribuida al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado.

## **Constitución y actuación de las salas de lo contencioso-administrativo**

### **Artículo 15**

1. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo actuará dividida en secciones, cuyo presidente será el que lo fuere de la sala o el magistrado más antiguo de los que integren la sección, salvo en el supuesto previsto en el artículo 96.6 en el que la sección a que se refiere será presidida por el presidente del Tribunal Supremo.

2. Para la vista o deliberación y fallo será necesaria la concurrencia del que presida y de los Magistrados siguientes:

a) Todos los que componen la sección para decidir los recursos de casación y revisión.

b) Cuatro en los demás casos.

3. Para el despacho ordinario será suficiente la concurrencia del que presida y dos Magistrados.

### **Artículo 16**

1. La Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional se compondrá de las secciones que aconseje el número de asuntos, cuyo presidente será el que lo fuere de la sala o el magistrado más antiguo de los integrantes de la sección.

2. Las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de Justicia, cuando el número de sus miembros exceda de cinco, actuarán divididas en Secciones, cuyo presidente será el que lo fuere de la sala o el magistrado más antiguo de los que integren la sección.

3. Para la vista o deliberación y fallo, y despacho ordinario, será suficiente la concurrencia del que presida y dos Magistrados.

4. La resolución de los recursos de casación en interés de la ley, de casación para la

unificación de doctrina y de revisión se encomendará a una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el presidente de dicha sala que la presidirá, por el presidente o presidentes de las demás salas de lo contencioso-administrativo y, en su caso, de las secciones de las mismas, en número no superior a dos; y por los magistrados de la referida sala o salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros.

Si la sala o salas de lo contencioso-administrativo tuviesen más de una sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los presidentes de sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los magistrados que presten servicio en la sala o salas.

Distribución de asuntos

### **Artículo 17**

1. La distribución de asuntos entre las diversas salas de un mismo tribunal, o entre las diversas secciones de una misma sala, será acordada por la Sala de Gobierno del respectivo tribunal, teniendo en cuenta la naturaleza y homogeneidad de la materia a que se refieren los recursos.

2. Idéntico criterio se tendrá en cuenta para la distribución de asuntos entre los diversos juzgados de lo contencioso-administrativo de una misma población. La aprobación corresponderá a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la junta de jueces de este orden jurisdiccional.

3. Los acuerdos sobre distribución de asuntos se adoptarán cada dos años y se comunicarán al Consejo General del Poder Judicial al solo efecto de su publicación, antes de la apertura de tribunales, en el «Boletín Oficial del Estado» o en el de la comunidad autónoma, según corresponda.

En caso de resultar alterada la competencia de los distintos juzgados con sede en un mismo partido judicial, de las diversas salas de un mismo tribunal o de las diversas secciones de una sala por razón de una nueva distribución de asuntos, de los procesos en tramitación continuará conociendo y fallará el órgano jurisdiccional que resultare

competente al tiempo de la interposición del recurso, según los acuerdos entonces vigentes.

## **II. CAPACIDAD PROCESAL, LEGITIMACIÓN, REPRESENTACIÓN Y DEFENSA:**

El Título II de la LJCA se titula “Las partes” y regula en sucesivos capítulos la capacidad procesal (artículo 18), la legitimación activa (artículo 19), la exclusión de legitimación (artículo 20), la parte demandada (artículo 21), la sucesión procesal (artículo 22), la representación y defensa de las partes (artículos 23 y 24).

### **1. La capacidad procesal:**

De acuerdo con el artículo 18 LJCA, tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

1º) las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de enjuiciamiento civil, es decir “los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles” (artículo 2);

2º) los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela;

3º) los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones, al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente.

### **2. La legitimación:**

Es generalizada la idea de que la mera capacidad para ser parte y comparecer en un proceso no es suficiente para incoar un proceso concreto, porque es necesario, además, tener la condición de parte legítima o, en terminología más usual, tener legitimación o estar legitimada para ello. Se dice, en este sentido, que la capacidad procesal es una aptitud abstracta para poner en marcha la acción pero que, a esta aptitud, es preciso añadir la existencia de una relación concreta con las situaciones jurídicas materiales en torno a las que se formula el proceso.

Tal y como se reconoce en la Exposición de Motivos, la Ley pretende que “nadie, persona física o jurídica, privada o pública, que tenga capacidad jurídica suficiente y sea titular de un interés legítimo que tutelar, concepto comprensivo de los derechos subjetivos pero más amplio, pueda verse privado del acceso a la justicia” (IV). En esta línea, iniciada décadas antes de la promulgación de la Ley por la jurisprudencia aperturista del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el artículo 19 LJCA establece las reglas de legitimación activa ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que puede sintetizarse de la siguiente forma:

- La legitimación de las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo:

Como se ha dicho, mucho antes de la aprobación de la LJCA, a propósito del artículo 24 de la CE, la jurisprudencia esbozó un concepto amplio y flexible de “interés legítimo” entendiendo que existe cuando se formula una pretensión que de prosperar originaría un beneficio material o jurídico al accionante o, al contrario, si la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear la actuación impugnada le habría originado un perjuicio.

Detrás de este concepto amplio late la idea de superar los obstáculos formales al examen de la pretensión que no se revelen como esencialmente imprescindibles para el establecimiento correcto de la relación jurídico-procesal y favorecer el examen del fondo del asunto como aspiración y exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva.

La jurisprudencia se ha encargado de completar la noción de interés legítimo, destacando, al menos, las dos siguientes consideraciones: 1º) el interés debe ser actual, es decir, no confieren legitimación los intereses futuros; 2º) no se reconoce por esta vía el mero interés en la legalidad, que queda restringido, como se verá, a los supuestos de acción pública.

- La legitimación corporativa:

De acuerdo con la letra b) del artículo 19, están legitimadas “las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses

legítimos colectivos”.

La legitimación “corporativa” o de entidades representativas está referida a la defensa de los derechos e intereses que, aun siendo de titularidad de personas determinadas, pueden serlo a la vez de todos los miembros de un colectivo al que esas personas pertenecen. De ahí la conveniencia de permitir la defensa de intereses colectivos de forma organizada. En todos estos casos, el TC exige la existencia de un vínculo especial y concreto entre la entidad representativa y el objeto del pleito, vínculo que habrá de calibrarse en cada caso y traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso planteado (STC 7/2001, referida a la legitimación de un sindicato).

Este supuesto contempla, junto a la legitimación de corporaciones, asociaciones y sindicatos, la de los “grupos” a que se refiere el artículo 18 de la LJCA. Se está haciendo referencia a organizaciones carentes de personalidad jurídica de individuos que comparten un interés común que oponer a la actuación administrativa.

- La legitimación de las Administraciones públicas:

Las administraciones públicas ostentan legitimación para impugnar actos y disposiciones en los siguientes supuestos:

1º) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, puede impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las comunidades autónomas y de los organismos públicos vinculados a éstas, así como los de las entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización (artículo 19.1.c LJCA).

2º) La Administración de las comunidades autónomas tiene legitimación para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u organismo público, así como los de las entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local (artículo 19.1.d LJCA y artículo 65 y ss. LBRL).

3º) Las entidades locales territoriales están legitimadas para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las administraciones

del Estado y de las comunidades autónomas, así como los de organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras entidades locales (artículo 19.1.e LJCA y artículo 63 LBRL).

4º) La Administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, previa su declaración de lesividad para el interés público en los términos establecidos por la Ley (artículo 19.2 LJCA y por relación artículos 103 LRJAAPP y PAC, 218 LGT y 110.2 LBRL).

- La legitimación de las entidades instrumentales:

De acuerdo con el artículo 19.1.g) LJCA, están legitimadas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo “las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines. Estas entidades no pueden, sin embargo, impugnar la actividad de la Administración de que dependan, salvo cuando la ley les haya otorgado un estatuto específico de autonomía (artículo 20.c LJCA). Recientemente se ha aprobado la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que, además de reformar la Ley 60/2003, de arbitraje, regula el llamado arbitraje institucional de la Administración general del Estado que consiste, precisamente, en un cauce procedimental para resolver los conflictos internos entre la Administración del Estado y sus entes instrumentales o entre estos entre sí, especificándose que no puede acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias (disposición adicional única de la Ley).

- La legitimación del Ministerio Fiscal:

El artículo 19.1.f) reconoce la legitimación del Ministerio Fiscal “para intervenir en los procesos que determine la Ley” (entre otros, pueden citarse los artículos 5, 7, 74, 92, 100, 101, 117, 119 y 122 LJCA). Aclara la doctrina que el Ministerio Fiscal no es parte del proceso, sino que actúa en el mismo en defensa de la legalidad (artículo 3.13 de su Estatuto orgánico, Ley 50/1981, de 30 de diciembre). Su intervención en el proceso tiene un origen *ex lege*, por lo que parece incorrecto hablar de legitimación para actuar (SANTAMARÍA PASTOR).

- La acción popular:

En casos excepcionales, literalmente “en los casos expresamente previstos por las leyes” (artículo 19.1.h LJCA), se reconoce legitimación a cualquier persona física o jurídica para impugnar actuaciones de la Administración referidas a sectores determinados. El medio ambiente, el urbanismo, las costas o el patrimonio cultural sirven para ejemplificar ámbitos sobre los que el interés público cobra tal intensidad que se entiende que cualquier miembro de la comunidad tiene interés en protegerlos.

- La acción vecinal:

La LJCA se limita a establecer que “el ejercicio de acciones por los vecinos en nombre e interés de las entidades locales se rige por lo dispuesto en la legislación de régimen local”. Pues bien, de acuerdo con el artículo 68 LBRL, las entidades locales tienen la obligación de ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos; si éstas no lo hicieran, cualquier vecino que se hallare en pleno goce de sus derechos civiles y políticos podrá requerir su ejercicio a la entidad interesada y, si en el plazo de treinta días la entidad no acordara el ejercicio de las acciones solicitadas, los vecinos podrán ejercer dicha acción en nombre e interés de la entidad local. SANTAMARÍA PASTOR se refiere a un supuesto de “sustitución procesal”, entendiendo, pues, que los efectos que se deriven del ejercicio de la acción recaerán sobre el patrimonio jurídico de la entidad local y no sobre el vecino que ejerce la acción en sustitución de la misma.

- La legitimación para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres:

La aprobación de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha provocado la ampliación del artículo 19 LJCA con este supuesto especial de legitimación:

“Para la defensa del derecho de igualdad de trato de mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente.

Cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses

difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal.

La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo”.

- La legitimación en materia de contratación del sector público:

Como consecuencia de la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que introdujo en el derecho español el sistema de recursos especiales y reclamaciones en materia de contratación, que se tramitan y resuelven por un Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales con carácter previo y preceptivo a la interposición del recurso contencioso-administrativo, el artículo 19 incorpora una nueva letra en la que se dice:

“Las administraciones públicas y los particulares podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de contratos del sector público sin necesidad, en el primer caso, de declaración de lesividad”.

- La falta de legitimación:

En virtud del artículo 20:

“No pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración pública:

a) Los órganos de la misma y los miembros de sus órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente.

b) Los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella.

c) Las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan. Se exceptúan aquellos a los que por ley se haya



dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración”.

- La legitimación pasiva:

El artículo 21 LJCA establece:

“1. Se considera parte demandada:

a) Las administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso.

b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

c) Las aseguradoras de las administraciones públicas, que siempre serán parte codemandada junto con la Administración a quien aseguren.

2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo a) del apartado anterior, cuando se trate de organismos o corporaciones públicos sujetos a fiscalización de una Administración territorial, se entiende por Administración demandada:

a) El organismo o corporación autores del acto o disposición fiscalizados, si el resultado de la fiscalización es aprobatorio.

b) La que ejerza la fiscalización, si mediante ella no se aprueba íntegramente el acto o disposición.

3. En los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de contratos del sector público los citados órganos no tendrán la consideración de parte demandada, siéndolo las personas o administraciones favorecidas por el acto objeto del recurso, o que se personen en tal concepto, conforme a lo dispuesto en el artículo 49.

4. Si el demandante fundara sus pretensiones en la ilegalidad de una disposición general, se considerará también parte demandada a la Administración autora de la misma, aunque no proceda de ella la actuación recurrida”.

- La sucesión procesal:

El artículo 22, bajo el título “Sucesión en la legitimación”, establece que “si la legitimación

de las partes derivare de alguna relación jurídica transmisible, el causahabiente podrá suceder en cualquier estado del proceso a la persona que inicialmente hubiere actuado como parte”.

### **3. Representación y defensa:**

#### **Artículo 23**

1. En sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes podrán conferir su representación a un procurador y serán asistidas, en todo caso, por abogado. Cuando las partes confieran su representación al abogado, será a éste a quien se notifiquen las actuaciones.

2. En sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un procurador y ser asistidas por abogado.

3. Podrán, no obstante, comparecer por sí mismos los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles.

A tenor del artículo 24 LJCA, la representación y defensa de las administraciones públicas y de los órganos constitucionales se rige por lo dispuesto en la Ley orgánica del poder judicial y en la Ley de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, así como en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las comunidades autónomas.

### **3. ACTOS IMPUGNABLES:**

Tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la LJCA, su título III, “Objeto del recurso contencioso-administrativo”, contiene algunas de las innovaciones más importantes del texto legal: “Se trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración”.

En esa línea se regula la actividad administrativa impugnable (capítulo primero, artículos 25 a 30), señalándose, junto a los clásicos actos administrativos y a las disposiciones de

carácter general, la inactividad y la vía de hecho como posibles fuentes de conflicto.

Se recogen, de este modo, cuatro tipos de recursos (a): el recurso contra actos administrativos, expresos o presuntos; el recurso directo e indirecto contra disposiciones de carácter general; el recurso contra la inactividad de la Administración, y el recurso contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho.

La LJCA regula, además, las pretensiones que pueden deducirse en cada uno de estos casos (Capítulo II, artículos 31 a 33) y establecen algunas previsiones sobre su planteamiento en el proceso (b).

## **1. Tipología de recursos y pretensiones:**

1º) El recurso contra actos administrativos:

Con pocas novedades respecto a la regulación anterior (se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley jurisdiccional como el recurso más tradicional y mejor modelado en el período precedente), este recurso se regula en los artículos 25.1, 28 y 31 de la LJCA.

Con carácter general, el artículo 25.1 dispone que “el recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con... los actos expresos y presuntos de la Administración pública”. Es la plasmación del tradicional recurso contra actos previsto ya en la LJCA de 1956, sobre el cual la jurisprudencia ha hecho una notable labor encaminada a permitir el control jurisdiccional de toda actuación administrativa, incluida su “inactividad”.

La admisión del recurso contencioso se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos: el acto recurrido tiene que agotar la vía administrativa, debe ser definitivo o de trámite “cualificado” y no puede ser reproducción de otro anterior definitivo y firme ni confirmatorio de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma. De no cumplirse alguno de estos requisitos, el proceso finalizará anticipadamente, mediante auto de inadmisión de oficio (artículo 51.1.c) o estimatorio de las alegaciones previas del demandado (artículos 58 y 59 LJCA), o mediante sentencia declarativa de inadmisión (artículo 69.c).

En esta primera modalidad de recurso, el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a derecho y, en su caso, la anulación de los actos recurridos (art. 31.1 LJCA). La pretensión anulatoria puede ir acompañada de una pretensión accesorio de

reconocimiento de una situación jurídica individualizada y de la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda (art. 31.2 LJCA).

2º) Los recursos contra disposiciones de carácter general:

La Ley jurisdiccional recoge dos modalidades de recurso contra los reglamentos ilegales: la impugnación directa de la disposición y la impugnación indirecta cuando, con ocasión del planteamiento de un recurso dirigido contra un acto administrativo, se cuestione la norma en que dicho acto se apoya o que le presta cobertura (artículo 26).

- El recurso directo contra el reglamento:

La validez o nulidad de una disposición de carácter general podrá someterse al conocimiento de la justicia contencioso-administrativa mediante la interposición del llamado recurso directo contra el reglamento.

Con la única pretensión de que se declare la no conformidad a derecho y la anulación de determinados preceptos de una disposición general (artículo 31.1 LJCA), cualquier interesado deberá interponer recurso directo en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada (artículo 46.1 LJCA).

El objeto del proceso, cuando se refiera a la declaración sobre determinados preceptos de una disposición de carácter general, podrá ampliarse de oficio si el Tribunal entiende necesario extender el enjuiciamiento a otros preceptos de la misma disposición por razones de conexión o consecuencia con los preceptos recurridos (artículo 33.3). En tales casos, deberá garantizarse el principio de contradicción, para lo cual el Tribunal lo someterá a las partes, mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, les concederá un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo (artículo 33.2).

Los recursos directos gozarán de preferencia y, una vez conclusos, serán antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, sea cual fuera su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de derechos fundamentales (artículo 66).

- El recurso indirecto contra el reglamento:

El artículo 26 de la LJCA dispone:

“1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho.

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior”.

El sistema impugnatorio no es nuevo ni extraño a la tradición procesal del contencioso español. Se dispone la posibilidad de interponer un recurso contra un acto, basándose exclusivamente en que el reglamento que le da cobertura es ilegal, con la pretensión de conseguir la anulación de aquél (tal es el interés del recurrente) y, de paso, provocar la inaplicación de la norma de ser declarada contraria a derecho (por interés general).

Con el tratamiento del recurso indirecto, la LJCA ha aportado una interesante novedad en relación los efectos de esta clase de recurso, intentando superar la confusión reinante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la llamada cuestión de ilegalidad.

El sistema creado por la LJCA gira en torno a una idea clave: posibilitar al órgano jurisdiccional una declaración sobre la disposición impugnada, al tiempo que resuelve sobre la legalidad del acto aplicativo de la norma. Para ello, se hace preciso superar la traba de la incompetencia que impide en la práctica al tribunal sentenciador ir más allá de la anulación del acto ilegal y la inaplicación del reglamento al caso concreto.

Para lograr el objetivo descrito, la LJCA utiliza la técnica de unificar la decisión judicial sobre la legalidad del acto y de la norma en un solo órgano (artículo 27.2. y 3), el competente para conocer del reglamento, y cuando esto no sea posible, disponer el planteamiento de oficio de la cuestión de ilegalidad por parte del que resuelve sobre la legalidad del acto ante el competente para conocer del reglamento (artículo 27.1).

La cuestión de ilegalidad aparece regulada como procedimiento especial en la LJCA (artículos 123 a 126). De dicha regulación son destacables los siguientes aspectos:

(1) Es un procedimiento iniciado de oficio, por el juez o tribunal que haya dictado

sentencia *firmе* estimatoria anulando un acto por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada (artículo 271.1 LJCA).

(2) La cuestión de ilegalidad se plantea ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición (artículo 27.1 LJCA), mediante auto, dentro de los cinco días siguientes a que conste en las actuaciones la firmeza de la sentencia (artículo 123.1 LJCA).

(3) El objeto de la cuestión de ilegalidad se ceñirá exclusivamente a los preceptos reglamentarios cuya declaración de ilegalidad haya servido de base para la estimación de la demanda (artículo 127.1 LJCA).

(4) La cuestión de ilegalidad se sustanciará en un procedimiento muy breve del que resultará una sentencia sobre la validez o nulidad del reglamento, que no afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el juez o tribunal que planteó aquélla (artículo 125 y 126 LJCA).

- La pretensión:

El recurso contra disposiciones de carácter general permite hablar de dos tipos de pretensiones, acordes con los dos tipos de recursos, el directo y el indirecto, señalados en las páginas precedentes.

Cuando se plantea un recurso directo, el demandante pretenderá la declaración de no ser conformes a derecho determinados preceptos de una disposición general (artículo 31.1 LJCA). En este caso, se busca directa e inmediatamente eliminar dicha regulación del ordenamiento jurídico y la pretensión se verá satisfecha mediante una sentencia que declare y anule la disposición. Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos anulados (artículo 71.2 LJCA).

Cuando se plantea un recurso indirecto, la pretensión del demandante es idéntica a la de cualquier interesado en la anulación de un acto administrativo. Pretende que se declare no conforme a derecho y que se anule un acto y, con tal objetivo, se somete a la jurisdicción contenciosa. Que de dicha declaración se deriven ulteriores consecuencias para el ordenamiento jurídico como consecuencia del planteamiento de la cuestión de ilegalidad es una circunstancia ajena al demandante (aunque provocada por él), a quien no afectará

siquiera la sentencia que resuelva dicha cuestión (artículo 126.5 LJCA).

3º) El recurso contra la inactividad de la Administración:

La LJCA introduce en el proceso contencioso-administrativo la posibilidad de plantear pretensiones de condena contra la Administración: “Largamente reclamado por la doctrina, la Ley crea un recurso contra la inactividad de la Administración, que tiene precedentes en otros ordenamientos europeos. El recurso se dirige a obtener de la Administración, mediante la correspondiente sentencia de condena, una prestación material debida o la adopción de un acto expreso en procedimientos iniciados de oficio, allí donde no juega el mecanismo del silencio administrativo” (apartado V).

El artículo 29 de la LJCA contempla dos supuestos distintos en que puede ejercitarse la pretensión:

“1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes, podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78”.

En ambos casos resulta necesario que el ciudadano reclame a la Administración la actuación debida. Las expresiones “pueden reclamar” y “podrán solicitar” no denotan la voluntariedad del trámite de reclamación previa, que es preceptiva, pero tampoco pueden considerarse como una vuelta al superado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, ni significa que se convierta el proceso contra la inactividad en un proceso contra la desestimación de la reclamación. La finalidad de la reclamación previa se limita a

“dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial” (Exposición de Motivos, apartado V). Si no se consigue, el objeto del proceso será, sin más, la inactividad de la Administración y la pretensión será su condena.

El artículo 32 de la LJCA concreta la pretensión que habrá de plantear el demandante: “... que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas”.

4º) El recurso contra actuaciones materiales constitutivas de vía de hecho:

Cuando la actividad ejecutoria administrativa no se legitima en un acto administrativo previo porque no se ha dictado o porque ha dejado de existir, o el acto incurre en tan grave defecto que carece de toda fuerza legitimadora, si la ejecución material no guarda conexión con el supuesto de hecho del acto que le sirve de fundamento o es manifiestamente desproporcionada con los fines que se propone, o cuando las actuaciones se realizan sin procedimiento o competencia de ninguna clase, en todos estos casos, la doctrina y la práctica judicial reconocen una vía de hecho. Se vislumbra en todos ellos una ausencia total de formas que hace poco identificable la actuación de la Administración con el típico acto administrativo. En palabras del Tribunal Constitucional, estamos ante “una pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica” (STC 160/1991, de 18 de julio).

Una de las principales novedades de la LJCA es, precisamente, la posibilidad de reaccionar en vía contencioso-administrativa contra actuaciones que supongan vía de hecho. Se trata de poner fin a aquellas “actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos o intereses legítimos de cualquier clase”. Como se reconoce en la Exposición de Motivos de la Ley, la acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal.

En estos casos se prevé la posibilidad de formular potestativamente una interpelación a la Administración autora de la vía de hecho. Tal requerimiento tendrá, de hacerse, la misma eficacia que la reclamación contra la inactividad de la Administración a que se ha hecho referencia:

“En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración



actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente contencioso-administrativo" (art. 30).

No obstante, el término "podrá" referido al interesado en la cesación de la vía de hecho (artículo 30) tiene un sentido completamente diverso a los términos "pueden/podrán" referidos a la acción de condena contra la inactividad de la Administración (artículo 29). En el primer caso, "podrá" implica voluntariedad o carácter potestativo del trámite previo al contencioso; en el segundo caso, como se ha expuesto, no.

Frente a una actuación material en vía de hecho, el demandante podrá pretender "que se declare contraria a derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2" (artículo 32.2), es decir, las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la situación jurídica afectada, entre ellas, la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda.

## **2. La articulación procesal de la pretensión en el proceso contencioso-administrativo:**

El adecuado planteamiento de la pretensión en el proceso no es cuestión baladí. Condiciona los términos en que haya de producirse el debate procesal y la eficacia misma de la sentencia. La propia práctica es culpable de que los fallos no se ejecuten con el rigor deseable, desde el momento en que las partes no precisan correctamente sus pretensiones procesales (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ).

El planteamiento correcto de la pretensión en el proceso exige tener en cuenta consideraciones de diverso signo:

- En primer lugar, desde un punto de vista estrictamente formal, la pretensión debe concretarse en el escrito de demanda (artículo 56.1 LJCA), limitándose la funcionalidad del previo escrito de interposición a citar la disposición, el acto, la inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne (artículo 45.1 LJCA).
- En segundo lugar, pesa sobre la pretensión el *principio de inalterabilidad*, entendido genéricamente como la imposibilidad de las partes de disponer del objeto del proceso, so pena de desviación procesal, así como la vinculación del órgano jurisdiccional a las

pretensiones planteadas por las partes, de acuerdo con el deber de congruencia con el objeto del proceso que debe presidir la actuación jurisdiccional. Por tanto, deducida la pretensión, quedarán fijados los márgenes del debate para las partes y para el órgano jurisdiccional.

No obstante lo anterior, es preciso hacer referencia a una jurisprudencia en permanente evolución que permite matizar los principios referidos, apoyada en una interpretación *pro actione* de algunos preceptos legales.

Por un lado, el principio de inalterabilidad de la pretensión exige diferenciar la “cuestión litigiosa” de los “motivos” o “argumentos”. La primera singulariza el objeto del proceso -la pretensión-; los segundos hacen referencia a los razonamientos de las partes en apoyo de aquélla. Pues bien, la distinción resultó ser un instrumento esencial de interpretación de la rígida regla de la inmutabilidad de la pretensión, en aras de superar la interpretación ligada a un entendimiento del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa según el cual no se podía atacar un acto administrativo sino en virtud de argumentos que ya hubieran sido articulados en vía administrativa. El Tribunal Supremo ha orientado este discurso hacia sus justos términos, declarando no sólo la posibilidad de invocar en sede jurisdiccional nuevos argumentos no planteados ante la Administración, sino la conveniencia de matizar los motivos en los escritos sucesivos de la demanda siempre que no se produzca una renovación de la pretensión (STS 4.2.1992, RJ 1992/1454).

Por otro lado, la rigidez con que inicialmente se concibe la regla de la inalterabilidad de la pretensión es paliada en gran medida por una doctrina jurisprudencial que considera la existencia dentro del proceso de pretensiones de diversa categoría, relevancia o condición, lo que permite hacer efectiva la regla de la inalterabilidad exclusivamente sobre la pretensión principal. Es el caso de las pretensiones indemnizatorias o resarcitorias cuando el supuesto de hecho en que se amparan es el acto, actuación o inactividad sobre la que recae la pretensión principal (STS de 26 de mayo de 1993, RJ 1993/3637).

Por último, se admite la posibilidad de plantear por primera vez en sede jurisdiccional cuestiones implícitas o subyacentes en la petición principal o en el expediente administrativo (STS de 27 de octubre de 1995, RJ 7826), incluso tratadas por primera vez en el escrito de conclusiones (STS de 10 de noviembre de 1994, RJ 1994/6934).

A modo de conclusión, es de nuevo el derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 de la Constitución española el rasero por el que se debe medir lo admisible e inadmisible en el proceso contencioso-administrativo:

“Y, en definitiva, resulta válido introducir en el debate temas o, en su caso, matices no tratados en la vía administrativa o sólo apuntados implícitamente en la demanda siempre que no padezca el principio de “contradicción”, firmemente asentado en el artículo 43 de la LJCA y protegido, como derecho fundamental, en el artículo 24.1 de la Constitución (que prohíbe cualquier situación de indefensión) ... así se favorece tanto la justicia, considerada en sí misma, como la economía procedimental administrativa y judicial, al evitarse, de este modo, potenciales ulteriores pronunciamientos administrativos, con sus subsiguientes revisiones jurisdiccionales (con una repetición, en una cadena muchas veces interminable, de actuaciones), que, huyendo de anacrónicos ritualismos contrarios al espíritu antiformalista que inspira la Ley de la jurisdicción, pudieron y debieron resolverse ya definitivamente en el proceso inicialmente promovido, en bien de la Administración y del administrado interesado y en cumplimiento del artículo 11.3 de la LOPJ (modo, en suma, de hacer real la tutela judicial efectiva que ha de procurar el órgano judicial conforme al artículo 24.1 de la Constitución antes comentado) ....” (STS de 4 de febrero de 1992, RJ 1992/1454).

**MARTA GARCÍA PÉREZ**

PROFESORA TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

**REVISADO E ACTUALIZADO POR LORENA PEITEADO PÉREZ**

**LETRADA DA XUNTA DE GALICIA**

## **BIBLIOGRAFÍA:**

AGUADO I CUDOLA, V., *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Marcial Pons, 2001.

GARCÍA PÉREZ, M., *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, Civitas, 1998 (varias ediciones).

HUERGO LORA, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

## **TEMA 21**

**EL RECURSO CONTENCIOSO-  
ADMINISTRATIVO: PROCEDIMIENTO GENERAL  
Y PROCEDIMIENTO ABREVIADO. RECURSOS DE  
SÚPLICA, APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN.  
EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. CLASES DE  
PROCESOS ESPECIALES.**

## **TEMA 21. EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: PROCEDIMIENTO GENERAL Y PROCEDIMIENTO ABREVIADO. RECURSOS DE SÚPLICA, APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS. CLASES DE PROCESOS ESPECIALES.**

### **I. EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PROCEDIMIENTO GENERAL**

#### **1. Inicio del procedimiento:**

##### **A. Formas de iniciación:**

El procedimiento contencioso-administrativo se inicia mediante escrito de interposición o por demanda (ex. artículo 45 LJCA).

Como regla general, el recurso contencioso-administrativo se inicia mediante la presentación por la parte demandante del *escrito de interposición*, reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso. Este escrito debe ir acompañado de los siguientes documentos:

- a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo juzgado o tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos.
- b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.
- c) La copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran, o indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico oficial en que la disposición se haya publicado. Si el objeto del recurso fuera la inactividad de la Administración o una vía de hecho, se mencionará el órgano o dependencia al que se atribuya una u otra, en su caso, el expediente en que tuviera origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso.
- d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a).

El secretario judicial examinará de oficio la validez de la comparecencia tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. Si estima que es válida, admitirá a trámite el recurso. Si con el escrito de interposición no se acompañan los documentos señalados o los presentados son incompletos y, en general, siempre que el secretario judicial estime que no concurren los requisitos exigidos por esta ley para la validez de la comparecencia, requerirá inmediatamente la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto. Si no lo hiciere, el juez o tribunal se pronunciará sobre el archivo de las actuaciones.

El inicio del procedimiento mediante demanda es preceptivo cuando se trate de un recurso de lesividad (artículo 45.4 LJCA). Esta forma de iniciación es, sin embargo, potestativa cuando el recurso vaya dirigido contra una disposición general, acto, inactividad o vía de hecho en que no existan terceros interesados.

## **B. Plazos de interposición del recurso:**

La LJCA establece los plazos de interposición del recurso atendiendo al tipo de pretensión que se ejerza por parte del recurrente. Así:

### - Pretensión de anulación de actos administrativos y de disposiciones generales (artículo 25 LJCA):

El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. El tribunal Supremo mantiene la doctrina de la inexistencia de plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa cuando el proceso trae causa de un silencio desestimatorio, siendo aplicable el plazo de seis meses previsto en la LJCA a la impugnación de los actos presuntos, es decir, los supuestos de silencio positivo (STS de 23 de enero de 2004, RJ 2004/1021).

### - Pretensión de ejecución de prestaciones y actos firmes (artículo 29 LJCA):

En los supuestos previstos en el artículo 29 de la LJCA, los dos meses se contarán a partir del día siguiente al vencimiento de los plazos señalados en dicho artículo. Como se ha

visto, este artículo 29 hace referencia a dos tipos de acciones, con sus plazos respectivos:

1º) Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella podrán presentar reclamación ante la Administración para que proceda al cumplimiento de dicha obligación (téngase en cuenta que aunque se utilice la expresión *podrán presentar* la reclamación no es potestativa). En este caso, la Administración dispone de tres meses para dar cumplimiento a la prestación; si no lo hiciere o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración en el plazo de dos meses.

2º) Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes, los afectados *podrán solicitar* (tampoco en este caso cabe hablar de carácter potestativo) su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses.

- Pretensiones de cesación de la vía de hecho (artículo 30):

Los plazos de interposición de la acción de cesación de la vía de hecho dependen de que el interesado haya o no formulado requerimiento de cesación ante la Administración.

Si se ha formulado requerimiento y este no ha sido atendido dentro de los diez días siguientes, el interesado podrá deducir recurso contencioso-administrativo, disponiendo del plazo de diez días para su interposición.

Si no se ha formulado requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

- Otras reglas sobre plazos:

Además de las previsiones anteriores respecto a cada uno de los recursos-tipo, el **artículo 46** establece las que se señalan a continuación:

“4. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se contará desde el día siguiente a aquel en que se notifique la resolución expresa del recurso potestativo de reposición o en que éste deba entenderse presuntamente



desestimado.

5. El plazo para interponer recurso de lesividad será de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad.

6. En los litigios entre administraciones, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de dos meses, salvo que por ley se establezca otra cosa. Cuando hubiera precedido el requerimiento regulado en los tres primeros apartados del artículo 44, el plazo se contará desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado”.

### **C. Medidas cautelares:**

Una de las principales novedades de la LJCA ha sido la regulación de las medidas cautelares, a las que dedica sus artículos 129 a 136. Algunas de sus principales notas características son las siguientes:

#### 1º) Ampliación de las medidas cautelares:

Los interesados podrán solicitar la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia (artículo 129.1 LJCA). Por tanto, se supera la regulación precedente que contemplaba exclusivamente la medida de suspensión de la ejecución del acto o disposición recurridos, dando cabida a cualquier medida, de carácter positivo o negativo.

#### 2º) Criterios para decidir sobre las medidas cautelares:

El juez o tribunal deberán llevar a cabo, en primer lugar, una “previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto” (artículo 130.1 LJCA). De ahí que la medida cautelar pueda denegarse cuando de ella pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada (artículo 130.2 LJCA).

En segundo lugar, y de modo complementario con el criterio anterior, “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. En este punto, la jurisprudencia viene considerando que debe atenderse al llamado *periculum in mora*, es decir, la incidencia de la tardanza en resolver sobre la pretensión. Además, un sector de la doctrina

y alguna jurisprudencia consideran que debe valorarse por el órgano judicial el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho de quien solicita la medida cautelar.

El artículo 136 LJCA establece dos reglas especiales para los procesos contra la inactividad o vía de hecho (artículos 29 y 30 LJCA). Una de ellas se refiere a los criterios que debe tener en cuenta el órgano judicial: en estos supuestos la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez ponderará en forma circunstanciada.

### 3º) Procedimiento:

- Las medidas pueden solicitarse en cualquier estado del proceso (artículo 129.1), aunque lo normal es que, por urgencia, se soliciten en el mismo escrito de interposición (SANTAMARÍA PASTOR). Esta regla general tiene algunas matizaciones:

a) En el caso de que se impugne una disposición general, se impone la obligación de solicitar la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados en el escrito de interposición o de demanda.

b) Si se sostiene alguna de las pretensiones contenida en el artículo 29 o 30 LJCA (inactividad o vía de hecho), las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso. En tal caso, el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes, el secretario judicial convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior. De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido.

- El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, que ordenará el secretario judicial por plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes. Si la Administración demandada no hubiere aún comparecido, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada.

- El auto que acuerde la medida se comunicará al órgano administrativo correspondiente,

el cual dispondrá su inmediato cumplimiento. La suspensión de la vigencia de disposiciones de carácter general así como la suspensión que se refiera a un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas será publicada.

- El juez o tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el juez o tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales.

#### 4º) Vigencia, modificación y revocación (artículo 132):

Las medidas cautelares estarán en vigor hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento en el que se hayan acordado, o hasta que éste finalice por cualquiera de las causas previstas en esta ley.

Las medidas cautelares podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado. No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate, y tampoco en razón de la modificación de los criterios de valoración que el juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar.

#### 5º) Caución o garantía (artículo 133):

Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente, podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos.

La caución o garantía podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en derecho. La medida cautelar acordada no se llevará a efecto hasta que la caución o garantía esté constituida y acreditada en autos, o hasta que conste el cumplimiento de las medidas acordadas para evitar o paliar los perjuicios a que se refiere el apartado precedente.

Levantada la medida por sentencia o por cualquier otra causa, la Administración, o la persona que pretendiere tener derecho a indemnización de los daños sufridos, podrá solicitar ésta ante el propio órgano jurisdiccional por el trámite de los incidentes, dentro del año siguiente a la fecha del alzamiento. Si no se formulase la solicitud dentro de dicho plazo, se renunciase a la misma o no se acreditase el derecho, se cancelará la garantía constituida.

## **2. Actuaciones preparatorias:**

Una vez que ha sido presentado el escrito de interposición del recurso o la demanda, el órgano jurisdiccional lleva a cabo las siguientes actuaciones, llamadas preparatorias por la doctrina por ser esa su finalidad esencial.

### - Anuncio y publicación del recurso (artículo 47):

Una vez examinada la corrección formal del escrito de interposición del recurso el secretario judicial acordará, si lo solicita el recurrente, que se anuncie la interposición del recurso, sin perjuicio de que sea costeada por el recurrente, en el periódico oficial que proceda atendiendo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida. El secretario judicial podrá también acordar de oficio la publicación, si lo estima conveniente. Como particularidad, la Ley establece el carácter preceptivo del anuncio cuando se hubiera iniciado el recurso mediante demanda en los supuestos previstos por el artículo 45.5 y éste se dirige contra una disposición general.

La finalidad del anuncio es llevar a conocimiento de los posibles interesados la existencia del proceso, a efectos de que puedan comparecer en el mismo.

### - Remisión del expediente por parte de la Administración demandada (artículo 48):

La LJCA establece la obligación de la Administración de remitir al secretario judicial el expediente administrativo, con las consiguientes medidas en caso de incumplimiento. La función que cumple la remisión del expediente es triple (BLANQUER): en primer lugar, permite garantizar a las partes la igualdad de armas procesales y que le recurrente pueda redactar la demanda con información completa de todo lo actuado durante el procedimiento administrativo; en segundo lugar, sirve como medio de prueba para dar por acreditados en sede judicial los hechos que constan en el expediente y que son aceptados por las partes; finalmente, habilita al órgano jurisdiccional para introducir de oficio en el

proceso aquellos hechos que no han sido expresamente afirmados por las partes.

El órgano autor de la disposición o actuación impugnada debe remitir el expediente al órgano jurisdiccional en el plazo de veinte días, en original o copia autenticada, foliado, con un índice y todos los documentos salvo los clasificados como secreto oficial (lo que se hará constar con la debida motivación). Transcurrido el plazo de remisión del expediente sin haberse recibido completo, se reiterará la reclamación y, si no se enviara en el término de diez días, el juez o tribunal impondrá una multa coercitiva de trescientos a mil doscientos euros a la autoridad o empleado responsable. La multa será reiterada cada veinte días, hasta el cumplimiento de lo requerido. Si fuese imposible determinar la autoridad o empleado responsable, la Administración será la responsable del pago de la multa sin perjuicio de que se repercuta contra el responsable. Impuestas las tres primeras multas coercitivas sin lograr que se remita el expediente completo, el juez o tribunal pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de seguir imponiendo nuevas multas.

- Emplazamientos (artículo 49) y personación (artículo 50):

Para constituir la relación procesal hay que emplazar a los demandados para darles la oportunidad de personarse en el proceso y actuar como parte en el litigio.

El emplazamiento de la Administración se entenderá efectuado por la reclamación del expediente y su personación se tiene realizada por el envío del expediente.

El órgano jurisdiccional, al reclamar a la Administración demandada el expediente administrativo, le ordenará que notifique personalmente la interposición del recurso a cuantos aparezcan como interesados en el mismo, dándoles un plazo de nueve días para personarse como demandados. La Administración deberá justificar que ha llevado a cabo el emplazamiento cuando remita el expediente al órgano jurisdiccional.

El secretario judicial, a la vista del resultado de las actuaciones administrativas y del contenido del escrito de interposición y documentos anejos, comprobará que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advirtiere que son incompletas, ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables.

Como regla especial, en los recursos contra las decisiones adoptadas por los órganos

administrativos a los que corresponde resolver los recursos especiales y las reclamaciones en materia de contratación a que se refiere la legislación de contratos del sector público, se emplazará como parte demandada a las personas distintas del recurrente que hubieren comparecido en el recurso administrativo, para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días.

Los demandados legalmente emplazados podrán personarse en autos dentro del plazo concedido. Si lo hicieren posteriormente, se les tendrá por parte para los trámites no precluidos. Si no se personaren oportunamente, continuará el procedimiento por sus trámites, sin que haya lugar a practicarles, en estrados o en cualquier otra forma, notificaciones de clase alguna.

Cuando no hubiera sido posible emplazar a algún interesado en el domicilio que conste, el secretario judicial mandará insertar el correspondiente edicto en el periódico oficial que proceda atendiendo al ámbito territorial de competencia del órgano autor de la actividad administrativa recurrida. Los emplazados por edictos podrán personarse hasta el momento en que hubiere de dárseles traslado para contestar a la demanda.

- Inadmisión del recurso (artículo 51):

Antes de formalizarse la demanda puede llegar a frustrarse la válida constitución de la relación procesal por concurrir alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo recogidas en el artículo 51 LJCA, que deben constar de modo inequívoco y manifiesto:

- La falta de jurisdicción o la incompetencia del juzgado o tribunal.
- La falta de legitimación del recurrente.
- Haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación.
- Haber caducado el plazo de interposición del recurso.
- Cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme, mencionando, en este último caso, la resolución o resoluciones desestimatorias.
- Cuando se haya impugnado una actuación material constitutiva de vía de hecho y resulte evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en

conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido.

- Cuando se impugne la no realización por la Administración de las obligaciones a que se refiere el artículo 29 (inactividad) y sea evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes.

En cualquiera de los supuestos enunciados, el órgano judicial, antes de pronunciarse sobre la inadmisión del recurso, hará saber a las partes el motivo en que pudiera fundarse para que, en el plazo común de diez días, aleguen lo que estimen procedente y acompañen los documentos a que hubiera lugar. Contra el auto que declare la inadmisión podrán interponerse los recursos previstos en esta ley. El auto de admisión no será recurrible pero no impedirá oponer cualquier motivo de inadmisibilidad en momento procesal posterior.

Es importante tener en cuenta las importantes aportaciones de la jurisprudencia del tribunal Supremo y del Constitucional para adaptar el contencioso-administrativo a las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24 de la Constitución española, que se han plasmado en el carácter aperturista y flexible del proceso y en una significativa reducción de las causas de inadmisibilidad. La LJCA recoge esa herencia y “depura el ordenamiento anterior de algunas normas limitativas que carecen de justificación” (Exposición de Motivos).

### **3. Demanda y contestación:**

Recibido el expediente administrativo en el órgano judicial y comprobados, y en su caso, completados los emplazamientos, por el secretario judicial se acordará que se entregue al recurrente para que se deduzca la demanda en el plazo de veinte días. Si la demanda no se presenta dentro del plazo, el órgano judicial, de oficio, declarará por auto la caducidad del recurso. No obstante, se admitirá el escrito de demanda, y producirá sus efectos legales, si se presenta dentro del día en que se notifique el auto (artículo 52).

Puede darse el caso de que haya transcurrido el plazo para la remisión del expediente administrativo sin que éste hubiera sido enviado y que interese a la parte recurrente presentar demanda. En este supuesto, podrá pedir, por sí o a iniciativa del secretario judicial, que se le conceda plazo para formalizar la demanda. Si con posterioridad a la presentación de la demanda se recibiera el expediente, el secretario judicial pondrá éste de manifiesto a las partes demandantes y, en su caso, demandadas por plazo común de



diez días para que puedan efectuar las alegaciones complementarias que estimen oportunas (artículo 53).

De la demanda presentada se dará traslado a las partes demandadas que hubieran comparecido, con entrega del expediente administrativo, para que la contesten en el plazo de veinte días. Si la demanda se hubiere formalizado sin haberse recibido el expediente administrativo, se emplazará a la Administración demandada para contestar, apercibiéndola de que no se admitirá la contestación si no va acompañada de dicho expediente. Cuando tuvieran que contestar a la demanda, la contestación se formulará simultáneamente por todos ellos. En este caso, no habrá lugar a la entrega del expediente administrativo, que será puesto de manifiesto en la oficina judicial, pero sí de la copia del mismo, con los gastos a cargo de estos demandados (artículo 54).

En cualquier caso, si las partes estimasen que el expediente administrativo no está completo, podrán solicitar, dentro del plazo para formular la demanda o la contestación, que se reclamen los antecedentes para completarlo. La solicitud suspenderá el curso del plazo correspondiente. El secretario judicial resolverá lo pertinente en el plazo de tres días (artículo 55).

En los escritos de demanda y de contestación se consignarán, con la debida separación, los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración. El secretario judicial examinará de oficio la demanda y requerirá que se subsanen las faltas de que adolezca en plazo no superior a diez días. Realizada la subsanación, admitirá la demanda. En otro caso, dará cuenta al juez para que resuelva lo que proceda sobre su admisión. Con la demanda y la contestación las partes acompañarán los documentos en que directamente funden su derecho, y si no obraren en su poder, designarán el archivo, oficina, protocolo o persona en cuyo poder se encuentren (artículo 56).

Después de la demanda y contestación no se admitirán a las partes más documentos que los que se hallen en alguno de los casos previstos para el proceso civil. No obstante, el demandante podrá aportar, además, los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto



disconformidad en los hechos, antes de la citación de vista o conclusiones (artículo 56).

La LJCA contempla la posibilidad de que el pleito se declare concluso, sin más trámite, para sentencia una vez contestada la demanda, salvo que el juez o tribunal haga uso de la facultad que le atribuye el artículo 61, en los siguientes supuestos:

1º) Si el actor pide por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista o conclusiones y la parte demandada no se opone.

2º) Si en los escritos de demanda y contestación no se solicita el recibimiento a prueba ni los trámites de vista o conclusiones, salvo que el juez o tribunal, excepcionalmente, atendida la índole del asunto, acuerde la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas.

En los dos supuestos anteriores, si el demandado solicita la inadmisión del recurso, se dará traslado al demandante para que en el plazo de cinco días formule las alegaciones que estime procedentes sobre la posible causa de inadmisión, y seguidamente se declarará concluso el pleito (artículo 57).

#### **4. Alegaciones previas:**

Dentro de los primeros cinco días del plazo para contestar la demanda, la partes demandadas podrán alegar los motivos que pudieren determinar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 69, es decir:

- a) Que el juzgado o tribunal contencioso-administrativo carezca de jurisdicción.
- b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada.
- c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación.
- d) Que recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia.
- e) Que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido.

Estos motivos, salvo el de incompetencia del órgano jurisdiccional, pueden, no obstante,

ser alegados en la contestación, incluso si hubiesen sido desestimados como alegación previa (artículo 58).

El procedimiento para formular y resolver estas alegaciones previas se concreta en las siguientes actuaciones (artículo 59):

- Del escrito formulando alegaciones previas el secretario judicial dará traslado por cinco días al actor, el cual podrá subsanar el defecto, si procediera, en el plazo de diez días.
- Evacuado el traslado, se seguirá la tramitación prevista para los incidentes.
- El auto desestimatorio de las alegaciones previas no será susceptible de recurso y dispondrá que se conteste la demanda en el plazo que reste.
- El auto estimatorio de las alegaciones previas declarará la inadmisibilidad del recurso y, una vez firme, el secretario judicial ordenará la devolución del expediente administrativo a la oficina de donde procediere.

## **5. Prueba:**

La prueba puede ser solicitada por las partes demandantes y demandadas (artículo 60) o de oficio por el órgano judicial (artículo 61).

En el primer caso, solamente se podrá pedir el recibimiento del proceso a prueba por medio de otrosí, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias. En dichos escritos deberán expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba.

Si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente podrá pedir el recibimiento a prueba dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se haya dado traslado de la misma, sin perjuicio de que pueda hacer uso de su derecho a aportar documentos conforme a lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 56, conforme al cual “después de la demanda y contestación ... el demandante podrá aportar, además, los documentos que tengan por objeto desvirtuar alegaciones contenidas en las contestaciones a la demanda y que pongan de manifiesto disconformidad en los hechos, antes de la citación de vista o conclusiones”.

El órgano judicial recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del

pleito. Si el objeto del recurso fuera una sanción administrativa o disciplinaria, el proceso se recibirá siempre a prueba cuando exista disconformidad en los hechos.

La prueba se desarrollará con arreglo a las normas generales establecidas para el proceso civil, si bien el plazo será de quince días para proponer y treinta para practicar. No obstante, se podrán aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de este plazo por causas no imputables a la parte que las propuso.

Como se ha indicado, el órgano jurisdiccional podrá acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de cuantas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto. Además, finalizado el período de prueba, y hasta que el pleito sea declarado concluso para sentencia, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare necesaria.

Las partes tendrán intervención en las pruebas que se practiquen al amparo de lo previsto en los dos apartados anteriores. Si el juez o tribunal hiciere uso de su facultad de acordar de oficio la práctica de una prueba y las partes carecieran de oportunidad para alegar sobre ello en la vista o en el escrito de conclusiones, el secretario judicial pondrá de manifiesto el resultado de la prueba a las partes, las cuales podrán, en el plazo de cinco días, alegar cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia.

## **6. Vista y conclusiones:**

Salvo que en esta ley se disponga otra cosa, las partes podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia. Dicha solicitud habrá de formularse por medio de otrosí en los escritos de demanda o contestación o por escrito presentado en el plazo de cinco días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba.

El secretario judicial proveerá según lo que coincidentemente hayan solicitado las partes. En otro caso, sólo acordará la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas cuando lo solicite el demandante o cuando, habiéndose practicado prueba, lo solicite cualquiera de las partes; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 61, es decir, si el juez o tribunal hubiese hecho uso de su facultad de acordar de oficio la práctica de una prueba.

Si las partes no hubieran formulado solicitud alguna el juez o tribunal, excepcionalmente, atendida la índole del asunto, podrá acordar la celebración de vista o la formulación de conclusiones escritas (artículo 62).

Si se acordara la celebración de vista, el secretario judicial señalará la fecha de la audiencia por riguroso orden de antigüedad de los asuntos, excepto los referentes a materias que por prescripción de la ley o por acuerdo motivado del órgano jurisdiccional, fundado en circunstancias excepcionales, deban tener preferencia, los cuales, estando concluidos, podrán ser antepuestos a los demás cuyo señalamiento aún no se hubiera hecho (artículo 63).

Cuando se acuerde el trámite de conclusiones, las partes presentarán unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones.

El plazo para formular el escrito será de diez días sucesivos para los demandantes y demandados, siendo simultáneo para cada uno de estos grupos de partes si en alguno de ellos hubiere comparecido más de una persona y no actuaran unidos bajo una misma representación.

Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el juez o tribunal declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia, salvo que haga uso de la facultad a que se refiere el apartado 2 del artículo 61 (la práctica de nuevas pruebas), en cuyo caso dicha declaración se hará inmediatamente después de que finalice la práctica de la diligencia o diligencias de prueba acordadas (artículo 64).

En el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación.

Cuando el juez o tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídas sobre ello. Contra esta providencia no cabrá recurso alguno.

En el acto de la vista, o en el escrito de conclusiones, el demandante podrá solicitar que la sentencia formule pronunciamiento concreto sobre la existencia y cuantía de los daños y perjuicios de cuyo resarcimiento se trate, si constasen ya probados en autos (artículo 65).

Por lo demás, los recursos directos contra disposiciones generales gozarán de preferencia y, una vez concluidos, serán antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, sea cual fuere su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de derechos fundamentales (artículo 66).

## **7. Sentencia:**

Tal y como dispone el artículo 67, la sentencia se dictará en el plazo de diez días desde que el pleito haya sido declarado concluido. Cuando el juez o tribunal apreciase que la sentencia no podrá dictarse dentro del plazo indicado, lo razonará debidamente y señalará una fecha posterior concreta en la que se dictará la misma, notificándolo a las partes.

La sentencia decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso (artículo 67) y pronunciará alguno de los fallos siguientes:

### - Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, en los casos siguientes:

- a) Que el juzgado o tribunal contencioso-administrativo carezca de jurisdicción.
- b) Que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada.
- c) Que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación.
- d) Que recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia.
- e) Que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido (artículo 69).

### - Estimación o desestimación del recurso contencioso-administrativo (artículo 70):

- a) La sentencia desestimaré el recurso cuando se ajusten a derecho la disposición, acto o actuación impugnados.
- b) La sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico).

Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo:

- a) Declarará no ser conforme a derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada.
- b) Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.
- c) Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo.
- d) Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia.

Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados (artículo 71). Tras esta afirmación debe verse una toma de posición clara del legislador a favor de la división de poderes, que se torna muy dificultosa cuando la controversia judicial versa sobre una actuación de contenido discrecional, sea a través de un acto de esta naturaleza o del precepto de una disposición de carácter reglamentario.

El artículo 72 establece los efectos de la sentencia estimatoria:

- 1º) La sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso contencioso-administrativo sólo producirá efectos entre las partes.
- 2º) La anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas. Las sentencias firmes que anulen una disposición general tendrán efectos generales desde el día en que sea publicado su fallo y preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que lo hubiera sido la disposición anulada. También se publicarán las sentencias firmes que anulen un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 73 dispone que las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

3º) La estimación de pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de una situación jurídica individualizada sólo producirá efectos entre las partes. No obstante, tales efectos podrán extenderse a terceros en los términos previstos en los artículos 110 y 111 (artículo 72).

## **8. Otros modos de terminación del proceso:**

El proceso contencioso-administrativo no solo puede terminar de forma normal, dictándose la sentencia. La doctrina suele hablar de terminación “anormal” para referirse a otros modos de finalizar el proceso. A continuación se analizan las condiciones y requisitos establecidos en la LJCA para los diversos casos regulados de terminación anormal.

### **a) Desistimiento (artículo 74):**

El recurrente podrá desistir del recurso en cualquier momento anterior a la sentencia.

Para que el desistimiento del representante en juicio produzca efectos será necesario que lo ratifique el recurrente o que esté autorizado para ello. Si desistiere la Administración pública, habrá de presentarse testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos.

El secretario judicial dará traslado a las demás partes, y en los supuestos de acción popular, al Ministerio Fiscal, por plazo común de cinco días Si prestaren su conformidad al desistimiento o no se opusieren a él, dictará decreto en el que declarará terminado el procedimiento, ordenando el archivo de los autos y la devolución del expediente administrativo a la oficina de procedencia.

En otro caso, o cuando apreciare daño para el interés público, dará cuenta al juez o tribunal para que resuelva lo que proceda.

Si fueren varios los recurrentes, el procedimiento continuará respecto de aquellos que no hubieren desistido.

El desistimiento no implicará necesariamente la condena en costas.

Cuando se hubiera desistido del recurso porque la Administración demandada hubiera reconocido totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, y después la Administración dictase un nuevo acto total o parcialmente revocatorio del reconocimiento, el actor podrá pedir que continúe el procedimiento en el estado en que se encontrase, extendiéndose al acto revocatorio. Si el juez o tribunal lo estimase conveniente, concederá a las partes un plazo común de diez días para que formulen por escrito alegaciones complementarias sobre la revocación.

Desistido un recurso de apelación o de casación, el secretario judicial sin más trámites declarará terminado el procedimiento por decreto, ordenando el archivo de los autos y la devolución de las actuaciones recibidas al órgano jurisdiccional de procedencia.

#### **b) Allanamiento (artículo 75):**

Los demandados podrán allanarse cumpliendo los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo 74 (que lo ratifique el recurrente o que esté autorizado para ello; si desistiere la Administración pública, habrá de presentarse testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos).

Producido el allanamiento, el juez o tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírán por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia que estime ajustada a Derecho.

Si fueren varios los demandados, el procedimiento seguirá respecto de aquellos que no se hubiesen allanado.

#### **c) Reconocimiento de la pretensión en vía administrativa (artículo 76):**

Si, interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del juez o tribunal, cuando la Administración no lo hiciera.



El secretario judicial mandará oír a las partes por plazo común de cinco días y, previa comprobación de lo alegado, el juez o tribunal dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo, si el reconocimiento no infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico. En este último caso, dictará sentencia ajustada a Derecho.

#### **d) Conciliación (artículo 77):**

En los procedimientos en primera o única instancia, el juez o tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Los representantes de las administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo soliciten, y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el juez o tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

## **II. EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. PROCEDIMIENTO ABREVIADO:**

El procedimiento abreviado se regula íntegramente en el artículo 78 LJCA y está reservado a los órganos unipersonales de la jurisdicción: los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo. BLANQUER llama la atención sobre las pretensiones de condena a la Administración para que ejecute un acto firme (artículo 29.2) para señalar que, en tal caso, el procedimiento abreviado debe seguirse cualquiera que sea el órgano jurisdiccional ante el que se plantee la acción,

unipersonal o colegiado.

- Ámbito material: este proceso está reservado a los asuntos que se susciten en relación con:

a) cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas;

b) extranjería;

c) inadmisión de peticiones de asilo político;

d) asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje;

e) las pretensiones cuya cuantía no supere los 13.000 euros.

- Fases del procedimiento:

1º) Inicio: el recurso se iniciará por demanda, a la que se acompañará el documento o documentos en que el actor funde su derecho y aquellos previstos para el procedimiento ordinario en el artículo 45 LJCA.

2º) Admisión: presentada la demanda, el secretario judicial examinará la jurisdicción y competencia objetiva y dictará una resolución en la que: ordena la admisión de la demanda y su traslado al demandado; cita a las partes para la celebración de la vista; y ordena a la Administración demandada que remita el expediente administrativo, al menos con quince días de antelación respecto a la fecha señalada para la vista.

3º) Remisión del expediente: recibido el expediente administrativo, el secretario judicial lo remitirá al actor y a los interesados que se hubieren personado para que puedan hacer alegaciones en el acto de la vista.

4º) Vista: Comparecidas las partes, o alguna de ellas, el juez declarará abierta la vista. Si las partes no comparecieren o lo hiciere sólo el demandado, el juez o tribunal tendrá al actor por desistido del recurso y le condenará en costas, y si compareciere sólo el actor, acordará que prosiga la vista en ausencia del demandado.

La vista comenzará con exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de los expuestos en la demanda. Acto seguido, el demandado podrá formular las alegaciones que a su derecho convengan, comenzando, en su caso, por las cuestiones relativas a la jurisdicción, a la competencia objetiva y territorial y a cualquier otro hecho o

circunstancia que pueda obstar a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

Oído el demandante sobre estas cuestiones, el juez resolverá lo que proceda, y si mandase proseguir el juicio, el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad. Lo mismo podrá hacer el demandante si el juez, al resolver sobre alguna de dichas cuestiones, declinara el conocimiento del asunto en favor de otro juzgado o tribunal o entendiéndose que debe declarar la inadmisibilidad del recurso.

Si en sus alegaciones el demandado hubiese impugnado la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía, el juez, antes de practicarse la prueba o, en su caso, las conclusiones, exhortará a las partes a ponerse de acuerdo sobre tal extremo. Si no se alcanzare el acuerdo, decidirá el juez, que dará al proceso el curso procedimental que corresponda según la cuantía que él determine. Frente a la decisión del juez no se dará recurso alguno.

Si no se suscitasen las cuestiones procesales a que se refieren los apartados anteriores o si, habiéndose suscitado, se resolviese por el juez la continuación del juicio, se dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos en que fundamenten sus pretensiones. Si no hubiere conformidad sobre ellos, se propondrán las pruebas y, una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente.

Cuando de las alegaciones de las partes se desprenda la conformidad de todos los demandados con las pretensiones del actor, el carácter meramente jurídico de la controversia, la ausencia de proposición de la prueba o la inadmisibilidad de toda la prueba propuesta, y las partes no desearan formular conclusiones, el juez apreciará tal circunstancia en el acto y, si ninguna parte se opusiere, dictará sentencia sin más dilación.

Formulada oposición, el juez resolverá estimándola, en cuyo caso proseguirá la vista conforme a lo reglado en los apartados siguientes, o desestimándola en la misma sentencia que dicte conforme a lo previsto en el párrafo anterior, antes de resolver sobre el fondo, como especial pronunciamiento.

Los medios de prueba se practicarán en los juicios abreviados, en cuanto no sea incompatible con sus trámites, del modo previsto para el juicio ordinario.

Las preguntas para la prueba de interrogatorio de parte se propondrán verbalmente, sin

admisión de pliegos.

No se admitirán escritos de preguntas y repreguntas para la prueba testifical. Cuando el número de testigos fuese excesivo y, a criterio del órgano judicial, sus manifestaciones pudieran constituir inútil reiteración del testimonio sobre hechos suficientemente esclarecidos, aquél podrá limitarlos discrecionalmente.

Los testigos no podrán ser tachados y, únicamente en conclusiones, las partes podrán hacer las observaciones que sean oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones.

En la práctica de la prueba pericial no serán de aplicación las reglas generales sobre insaculación de peritos.

Contra las resoluciones del juez sobre denegación de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaran como obtenidas con violación de derechos fundamentales, las partes podrán interponer en el acto recurso de súplica, que se sustanciará y resolverá seguidamente.

Si el juez estimase que alguna prueba relevante no puede practicarse en la vista, sin mala fe por parte de quien tuviera la carga de aportarla, la suspenderá, señalando el secretario judicial competente, en el acto y sin necesidad de nueva notificación, el lugar, día y hora en que deba reanudarse.

Tras la práctica de la prueba, si la hubiere, y, en su caso, de las conclusiones, oídos los Letrados, las personas que sean parte en los asuntos podrán, con la venia del juez, exponer de palabra lo que crean oportuno para su defensa a la conclusión de la vista, antes de darla por terminada.

5º) Sentencia: el juez dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista.

En todo lo demás, el procedimiento abreviado se rige por las normas generales de la LJCA.

### **III. RECURSOS DE SÚPLICA, APELACIÓN, CASACIÓN Y REVISIÓN**

#### **1. Recurso de reposición contra providencias y autos (artículo 79 de la LJCA)**

##### **Artículo 79**

- 1.** Contra las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación podrá interponerse recurso de reposición, sin perjuicio de que se llevará a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, acuerde lo contrario.
- 2.** No es admisible el recurso de reposición contra las resoluciones expresamente exceptuadas del mismo en esta ley ni contra los autos que resuelvan los recursos de reposición y los de aclaración.
- 3.** El recurso de reposición se interpondrá en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución impugnada.
- 4.** Interpuesto el recurso en tiempo y forma, el secretario judicial dará traslado de las copias del escrito a las demás partes, por término común de cinco días, a fin de que puedan impugnarlo si lo estiman conveniente. Transcurrido dicho plazo, el órgano jurisdiccional resolverá por auto dentro del tercer día.

#### **2. Recurso de apelación contra autos (artículo 80)**

##### **Artículo 80**

- 1.** Son apelables en un solo efecto los autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo, en procesos de los que conozcan en primera instancia, en los siguientes casos:
  - a)** Los que pongan término a la pieza separada de medidas cautelares.
  - b)** Los recaídos en ejecución de sentencia.
  - c)** Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.
  - d)** Los recaídos sobre las autorizaciones previstas en el artículo 8.6 y en los artículos 9.2 y 122 bis.
  - e)** Los recaídos en aplicación de los artículos 83 y 84.

**2.** La apelación de los autos dictados por los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo en los supuestos de los artículos 110 y 111 se regirá por el mismo régimen de admisión de la apelación que corresponda a la sentencia cuya extensión se pretende.

**3.** La tramitación de los recursos de apelación interpuestos contra los autos de los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo se ajustará a lo establecido en la sección 2.<sup>a</sup> de este capítulo.

### **3. Recurso ordinario de apelación (artículos 81-85)**

#### **Artículo 81**

**1.** Las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo y de los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo serán susceptibles de recurso de apelación, salvo que se hubieran dictado en los asuntos siguientes:

- a)** Aquellos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros.
- b)** Los relativos a materia electoral comprendidos en el artículo 8º.4.

**2.** Serán siempre susceptibles de apelación las sentencias siguientes:

- a)** Las que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de la letra a) del apartado anterior.
- b)** Las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona.
- c)** Las que resuelvan litigios entre administraciones públicas.
- d)** Las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales.

#### **Artículo 82**

El recurso de apelación podrá interponerse por quienes, según esta ley, se hallen legitimados como parte demandante o demandada.

#### **Artículo 83**

**1.** El recurso de apelación contra las sentencias es admisible en ambos efectos, salvo en los casos en que la presente ley disponga otra cosa.

**2.** No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del título VI.

#### **Artículo 84**

**1.** La interposición de un recurso de apelación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida.

Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de esta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía para responder de aquellos. En este caso no podrá llevarse a cabo la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos.

**2.** La constitución de la caución se ajustará a lo establecido en el artículo 133.2.

**3.** No se acordará la ejecución provisional cuando la misma sea susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación.

**4.** Previa audiencia de las demás partes por plazo común de cinco días, el juez resolverá sobre la ejecución provisional en el término de los cinco días siguientes.

**5.** Cuando quien inste la ejecución provisional sea una Administración pública, quedará exenta de la prestación de caución.

#### **Artículo 85**

**1.** El recurso de apelación se interpondrá ante el juzgado que hubiere dictado la sentencia que se apele, dentro de los quince días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso. Transcurrido el plazo de quince días sin haberse interpuesto el recurso de apelación, el secretario judicial declarará la firmeza de la sentencia.

**2.** Si el escrito presentado cumple los requisitos previstos en el apartado anterior y se refiere a una sentencia susceptible de apelación, el secretario judicial dictará resolución admitiendo el recurso, contra la que no cabrá recurso alguno, y dará traslado del mismo a

las demás partes para que, en el plazo común de quince días, puedan formalizar su oposición. En otro caso, lo pondrá en conocimiento del juez que, si lo estima oportuno, denegará la admisión por medio de auto, contra el que podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida en la Ley de enjuiciamiento civil.

**3.** En los escritos de interposición del recurso y de oposición al mismo las partes podrán pedir el recibimiento a prueba para la práctica de las que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia por causas que no les sean imputables. En dichos escritos, los funcionarios públicos, en los procesos a que se refiere el artículo 23.3, designarán un domicilio para notificaciones en la sede de la sala de lo contencioso-administrativo competente.

**4.** En el escrito de oposición, la parte apelada, si entendiera admitida indebidamente la apelación, deberá hacerlo constar, en cuyo caso el secretario judicial dará vista a la apelante, por cinco días, de esta alegación. También podrá el apelado, en el mismo escrito, adherirse a la apelación, razonando los puntos en que crea que le es perjudicial la sentencia, y en este caso el secretario dará traslado al apelante del escrito de oposición por plazo de diez días, al solo efecto de que pueda oponerse a la adhesión.

**5.** Transcurridos los plazos a que se refieren los apartados 2 y 4 anteriores, el juzgado elevará los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, ordenándose el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días ante la sala de lo contencioso-administrativo competente, que resolverá, en su caso, lo que proceda sobre la discutida admisión del recurso o sobre el recibimiento a prueba.

**6.** Cuando la sala estime procedente la prueba solicitada, su práctica tendrá lugar con citación de las partes.

**7.** Las partes, en los escritos de interposición y de oposición al recurso, podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia.

**8.** El secretario judicial acordará la celebración de vista, en cuyo caso hará el oportuno señalamiento, o la presentación de conclusiones si lo hubieren solicitado todas las partes o si se hubiere practicado prueba. La sala también podrá acordar que se celebre vista, que señalará el secretario, o que se presenten conclusiones escritas cuando lo estimare



necesario, atendida la índole del asunto. Será de aplicación a estos trámites lo dispuesto en los artículos 63 a 65.

Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el secretario judicial declarará que el pleito ha quedado concluso para sentencia.

**9.** La sala dictará sentencia en el plazo de diez días desde la declaración de que el pleito está concluso para sentencia.

**10.** Cuando la sala revoque en apelación la sentencia impugnada que hubiere declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, resolverá al mismo tiempo sobre el fondo del asunto.

#### **4. Recurso de casación (artículos 86-95)**

##### **Artículo 86. OBJETO DEL RECURSO: SENTENCIAS RECURRIBLES**

**1.** Las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

**2.** Se exceptúan de lo establecido en el apartado anterior:

**a)** Las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas, salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera.

**b)** Las recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 600.000 euros, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales, en cuyo caso procederá el recurso cualquiera que sea la cuantía del asunto litigioso.

**c)** Las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión a que se refiere el artículo 122.

**d)** Las dictadas en materia electoral.

**3.** Cabrá en todo caso recurso de casación contra las sentencias de la Audiencia Nacional y de los tribunales superiores de justicia que declaren nula o conforme a derecho una

disposición de carácter general.

**4.** Las sentencias que, siendo susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes, hayan sido dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la sala sentenciadora.

**5.** Las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su ley de funcionamiento.

### **Artículo 87. AUTOS RECURRIBLES**

**1.** También son susceptibles de recurso de casación, en los mismos supuestos previstos en el artículo anterior, los autos siguientes:

**a)** Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación.

**b)** Los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares.

**c)** Los recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquella o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta.

**d)** Los dictados en el caso previsto en el artículo 91.

**2.** Serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, los autos dictados en aplicación de los artículos 110 y 111.

**3.** Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en los apartados anteriores, es requisito necesario interponer previamente el recurso de reposición.

### **Artículo 88. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN**

**1.** El recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos:

- a) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.
  - b) Incompetencia o inadecuación del procedimiento.
  - c) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.
  - d) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.
2. La infracción de las normas relativas a los actos y garantías procesales que produzca indefensión sólo podrá alegarse cuando se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello.
3. Cuando el recurso se funde en el motivo previsto en la letra d) del apartado 1 de este artículo, el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por este, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder.

## **Artículo 89. PREPARACIÓN DEL RECURSO**

1. El recurso de casación se preparará ante la sala que hubiere dictado la resolución recurrida en el plazo de diez días, a contar desde el siguiente al de la notificación de aquella, mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos.
2. En el supuesto previsto en el artículo 86.4, habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia.
3. El recurso de casación podrá interponerse por quienes hayan sido parte en el procedimiento a que se contraiga la sentencia o resolución recurrida.
4. Transcurrido el plazo de diez días sin haberse preparado el recurso de casación, la sentencia o resolución quedará firme, declarándolo así el secretario judicial mediante decreto.

## **Artículo 90**

**1.** Si el escrito de preparación cumple los requisitos previstos en el artículo anterior, y se refiere a una resolución susceptible de casación, el secretario judicial tendrá por preparado el recurso. En otro caso, dará cuenta a la sala para que resuelva lo que proceda.

Si se tuviere por preparado el recurso, el secretario judicial emplazará a las partes para su comparecencia e interposición del recurso dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. Practicados los emplazamientos, remitirá los autos originales y el expediente administrativo dentro de los cinco días siguientes.

**2.** Si no se tuviese por preparado, la sala dictará auto motivado denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida por la Ley de enjuiciamiento civil.

**3.** Contra la resolución en la que se tenga por preparado el recurso de casación, la parte recurrida no podrá interponer recurso alguno, pero podrá oponerse a su admisión al tiempo de comparecer ante el Tribunal Supremo, si lo hiciere dentro del término del emplazamiento.

## **Artículo 91. EJECUCIÓN PROVISIONAL: CARÁCTER NO SUSPENSIVO**

**1.** La preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución provisional de la sentencia recurrida.

Las partes favorecidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional. Cuando de esta pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía para responder de aquellos. No podrá llevarse a efecto la ejecución provisional hasta que la caución o la medida acordada esté constituida y acreditada en autos.

**2.** La constitución de la caución se ajustará a lo establecido en el artículo 133.2.

**3.** El juez o tribunal denegará la ejecución provisional cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación.

4. Cuando se tenga por preparado un recurso de casación, el secretario judicial dejará testimonio bastante de los autos y de la resolución recurrida a los efectos previstos en este artículo.

## **Artículo 92. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO**

1. Dentro del término del emplazamiento, el recurrente habrá de personarse y formular ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el escrito de interposición del recurso, en el que se expresará razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas.

2. Transcurrido dicho plazo sin presentar el escrito de interposición, el secretario judicial declarará desierto el recurso, ordenando la devolución de las actuaciones recibidas a la sala de que procedieren.

3. Si el recurrente fuere el defensor de la Administración o el Ministerio Fiscal, en cuanto se reciban los autos se dictará diligencia de ordenación dándoles traslado de los mismos por plazo de treinta días para que manifiesten si sostienen o no el recurso y, en caso afirmativo, formulen el escrito de interposición ajustado a lo que previene el apartado 1 de este artículo.

4. Si el recurso no se sostuviera o no se formulara el escrito de interposición en el plazo antes señalado, se declarará desierto por el secretario judicial.

## **Artículo 93**

1. Interpuesto el recurso de casación, el secretario judicial pasará las actuaciones al magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto.

2. La sala dictará auto de inadmisión en los siguientes casos:

a) Si, no obstante haberse tenido por preparado el recurso, se apreciare en este trámite que no se han observado los requisitos exigidos o que la resolución impugnada no es susceptible de recurso de casación. A estos efectos, la sala podrá rectificar fundadamente la cuantía inicialmente fijada, de oficio o a instancia de la parte recurrida, si esta lo solicita dentro del término del emplazamiento.

b) Si el motivo o motivos invocados en el escrito de interposición del recurso no se

encuentran comprendidos entre los que se relacionan en el artículo 88; si no se citan las normas o la jurisprudencia que se reputan infringidas; si las citas hechas no guardan relación alguna con las cuestiones debatidas; o si, siendo necesario haber pedido la subsanación de la falta, no hay constancia de que se haya hecho.

**c)** Si se hubieren desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales.

**d)** Si el recurso carece manifiestamente de fundamento.

**e)** En los asuntos de cuantía indeterminada que no se refieran a la impugnación directa o indirecta de una disposición general, si el recurso estuviese fundado en el motivo del artículo 88.1.d) y se apreciase que el asunto carece de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad.

**3.** La sala, antes de resolver, pondrá de manifiesto sucintamente la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas por plazo de diez días para que formulen las alegaciones que estimen procedentes.

**4.** Si la sala considera que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto motivado declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida. Si la inadmisión no fuera de todos los motivos aducidos, dictará también auto motivado, continuando la tramitación del recurso respecto de los motivos no afectados por el auto de inadmisión parcial. Para declarar la inadmisión del recurso por cualquiera de las causas previstas en las letras c), d) y e) del apartado 2 será necesario que el auto se dicte por unanimidad.

**5.** La inadmisión del recurso, cuando sea total, comportará la imposición de las costas al recurrente, salvo si lo es exclusivamente por la causa prevista en la letra e) del apartado 2.

**6.** Contra los autos a que se refiere este artículo no se dará recurso alguno.

#### **Artículo 94. ESCRITO DE OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN**

**1.** De admitirse el recurso por todos o alguno de sus motivos, el secretario judicial entregará copia del mismo a la parte o partes recurridas y personadas para que formalicen por escrito su oposición en el plazo común de treinta días. Durante dicho plazo estarán de manifiesto las actuaciones en la oficina judicial.

En el escrito de oposición se podrán alegar causas de inadmisibilidad del recurso, siempre que no hayan sido rechazadas por el tribunal en el trámite establecido en el artículo 93.

**2.** Transcurrido el plazo, háyanse o no presentado escritos de oposición, el secretario judicial señalará día y hora para celebración de la vista de acordarlo así la sala o, de no ser así, declarará que el pleito está concluso para sentencia.

**3.** Habrá lugar a la celebración de vista cuando lo pidan todas las partes o la sala lo estime necesario, atendida la índole del asunto. La solicitud de vista se formulará por otrosí en los escritos de interposición del recurso y de oposición a este.

**4.** La sala dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista o la declaración de que el pleito está concluso para sentencia.

#### **Artículo 95. SENTENCIA RESOLVIENDO RECURSO DE CASACIÓN**

**1.** La sentencia que resuelva el recurso de casación podrá declarar su inadmisibilidad si concurre alguno de los motivos previstos en el artículo 93.2.

**2.** Si se estimare el recurso por todos o alguno de los motivos aducidos, la sala, en una sola sentencia, casando la recurrida, resolverá conforme a derecho, teniendo en cuenta lo siguiente:

**a)** De estimarse por el motivo del artículo 88.1.a), se anulará la sentencia o resolución recurrida, indicándose el concreto orden jurisdiccional que se estima competente o se resolverá el asunto, según corresponda.

En el primer caso, será aplicable lo dispuesto en el artículo 5.3.

**b)** De estimarse por el motivo del artículo 88.1.b), se remitirán las actuaciones al órgano jurisdiccional competente para que resuelva, o se repondrán al estado y momento exigidos por el procedimiento adecuado para la sustanciación de las mismas, salvo que, por la aplicación de sus normas específicas, dicho procedimiento adecuado no pueda seguirse.

**c)** De estimarse la existencia de las infracciones procesales mencionadas en el motivo del artículo 88.1.c), se mandarán reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, salvo si la infracción consistiera en vulneración de las normas reguladoras de la sentencia, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en la siguiente letra d).

**d)** En los demás casos, la sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que

apareciera planteado el debate.

**3.** En la sentencia que declare haber lugar al recurso, la sala resolverá en cuanto a las costas de la instancia conforme a lo establecido en el artículo 139.

### **5. Recurso de casación para la unificación de doctrina (artículos 96-99)**

Esta “variedad” del recurso de casación tiene por finalidad unificar la jurisprudencia y eliminar la existencia de fallos distintos para casos iguales. Se trata de lograr que los tribunales sigan criterios homogéneos y de evitar que se produzcan situaciones contrarias a los principios de seguridad jurídica y de igualdad (BLANQUER).

#### **Artículo 96. OBJETO DEL RECURSO**

**1.** Podrá interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia por las salas de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y tribunales superiores de justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

**2.** También son recurribles por este mismo concepto las sentencias de la Audiencia Nacional y de los tribunales superiores de justicia dictadas en única instancia cuando la contradicción se produzca con sentencias del Tribunal Supremo en las mismas circunstancias señaladas en el apartado anterior.

**3.** Sólo serán susceptibles de recurso de casación para la unificación de doctrina aquellas sentencias que no sean recurribles en casación con arreglo a lo establecido en la letra b) del artículo 86.2, siempre que la cuantía litigiosa sea superior a 30.000 euros.

**4.** En ningún caso serán recurribles las sentencias a que se refiere el artículo 86.2.a), c) y d), ni las que quedan excluidas del recurso de casación en el artículo 86.4.

**5.** Del recurso de casación para la unificación de doctrina previsto en este artículo conocerá, dentro de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la sección que corresponda de acuerdo con las reglas generales de organización de la misma sala.

**6.** Ello no obstante, cuando se trate de sentencias dictadas en única instancia por el



Tribunal Supremo, del recurso conocerá una sección compuesta por el presidente del Tribunal Supremo, el de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y cinco magistrados de esta misma sala, que serán los dos más antiguos y los tres más modernos.

**7.** De este recurso conocerá la sección a que se refiere el apartado anterior cuando la sentencia del Tribunal Supremo que se cite como infringida provenga, y se haga constar así por el recurrente en el escrito de preparación, de una sección distinta de aquella a la que corresponda conocer de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo.

### **Artículo 97. REQUISITOS PARA SU INTERPOSICIÓN**

**1.** El recurso de casación para la unificación de doctrina se interpondrá directamente ante la sala sentenciadora en el plazo de treinta días, a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, mediante escrito razonado que deberá contener relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada y la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida.

**2.** A este escrito se acompañará certificación de la sentencia o sentencias alegadas con mención de su firmeza o, en su defecto, copia simple de su texto y justificación documental de haberse solicitado aquella, en cuyo caso el secretario judicial la reclamará de oficio. Si la sentencia ha sido publicada conforme a lo dispuesto en el artículo 72.2, bastará con indicar el boletín oficial en el que aparezca publicada.

**3.** Si el escrito de interposición cumple los requisitos previstos en los apartados anteriores y se refiere a una sentencia susceptible de casación para la unificación de la doctrina, el secretario judicial admitirá el recurso. En otro caso, dará cuenta a la sala para que resuelva lo que proceda.

Admitido el recurso, el secretario judicial dará traslado del mismo, con entrega de copia, a la parte o partes recurridas para que formalicen por escrito su oposición en el plazo de treinta días, quedando entretanto de manifiesto las actuaciones en la oficina judicial. El traslado del recurso a la parte o partes recurridas exigirá, en su caso, que previamente se haya traído a los autos la certificación reclamada.

**4.** Si no se admitiese el recurso se dictará auto motivado, pero antes de resolver la sala pondrá de manifiesto sucintamente la posible causa de inadmisión a las partes, en el plazo común de cinco días, para que formulen las alegaciones que estimen procedentes. Contra

el auto de inadmisión podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará con arreglo a lo establecido en la Ley de enjuiciamiento civil.

**5.** En los escritos de interposición del recurso y de oposición al mismo podrán las partes pedir la celebración de vista.

**6.** Presentado el escrito o escritos de oposición al recurso, o transcurrido el plazo para ello, la sala sentenciadora elevará los autos y el expediente administrativo a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ordenándose el emplazamiento de las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días.

**7.** La sustanciación y resolución del recurso de casación para la unificación de doctrina, en todo lo no previsto en los artículos anteriores, se adecuará a lo establecido en la sección anterior en cuanto resulte aplicable.

## **Artículo 98**

**1.** Los pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver los recursos de casación para la unificación de doctrina en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias precedentes a la impugnada.

**2.** Si la sentencia declara que ha lugar al recurso, casará la impugnada y resolverá el debate planteado con pronunciamientos ajustados a derecho, modificando las declaraciones efectuadas y las situaciones creadas por la sentencia recurrida.

## **Artículo 99. Especialidad**

**1.** Son susceptibles de recurso de casación para la unificación de doctrina las sentencias de las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia, si existen varias de estas salas o la sala o salas tienen varias secciones, cuando, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos. Este recurso sólo podrá fundarse en infracción de normas emanadas de la comunidad autónoma.

**2.** Este recurso únicamente procederá contra sentencias que no sean susceptibles de recurso de casación o de recurso de casación para la unificación de doctrina por aplicación exclusiva de lo previsto en el artículo 86.4 y cuando la cuantía litigiosa supere los 30.000

euros.

**3.** Del recurso de casación para la unificación de doctrina conocerá una sección de la sala de lo contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el presidente de dicha sala, que la presidirá, por el presidente o presidentes de las demás salas de lo contencioso-administrativo y, en su caso, de las secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los magistrados de la referida sala o salas que fuesen necesarios para completar un total de cinco miembros.

Si la sala o salas de lo contencioso-administrativo tuviesen más de una sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los presidentes de sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los magistrados que presten servicio en la sala o salas.

**4.** En lo referente a plazos, procedimiento para la sustanciación de este recurso y efectos de la sentencia regirá lo establecido en los artículos 97 y 98 con las adaptaciones necesarias.

## **6. Recurso de casación en interés de la ley (artículos 100-101)**

En palabras de BLANQUER, mientras que la finalidad perseguida por el recurso de casación que acaba de analizarse es “unificar” la jurisprudencia, el objetivo en este caso es “corregir” una jurisprudencia gravemente dañosa para el interés general.

### **Artículo 100**

**1. OBJETO:** las sentencias dictadas en única instancia por los jueces de lo contencioso-administrativo y las pronunciadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia y de la Audiencia Nacional que no sean susceptibles de los recursos de casación a que se refieren las dos secciones anteriores podrán ser impugnadas por la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto y por las entidades o corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, por el Ministerio Fiscal y por la Administración general del Estado, en interés de la ley, mediante un recurso de casación, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada.

**2. LÍMITE:** únicamente podrá enjuiciarse a través de este recurso la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido.

**3. REQUISITOS DE INTERPOSICIÓN:** el recurso se interpondrá en el plazo de tres meses, directamente ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mediante escrito razonado en el que se fijará la doctrina legal que se postule, acompañando copia certificada de la sentencia impugnada en la que deberá constar la fecha de su notificación. Si no se cumplen estos requisitos o el recurso fuera extemporáneo, la sala ordenará de plano su archivo.

**4. TRAMITACIÓN:** interpuesto el recurso en tiempo y forma, el secretario judicial del Tribunal Supremo reclamará los autos originales al órgano jurisdiccional sentenciador y mandará emplazar a cuantos hubiesen sido parte en los mismos, para que en el plazo de quince días comparezcan en el recurso.

**5.** Del escrito de interposición del recurso el secretario dará traslado, con entrega de copia, a las partes personadas para que en el plazo de treinta días formulen las alegaciones que estimen procedentes, poniéndoles entretanto de manifiesto las actuaciones en la oficina judicial. Este traslado se entenderá siempre con el defensor de la Administración cuando no fuere recurrente.

**6.** Transcurrido el plazo de alegaciones, háyanse o no presentado escritos, y previa audiencia del Ministerio Fiscal por plazo de diez días, el Tribunal Supremo dictará sentencia. A la tramitación y resolución de estos recursos se dará carácter preferente.

**7. SENTENCIA:** la sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los jueces y tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional.

## **Artículo 101**

**1.** Las sentencias dictadas en única instancia por los jueces de lo contencioso-administrativo contra las que no se puede interponer el recurso previsto en el artículo anterior podrán ser impugnadas por la Administración pública territorial que tenga interés

legítimo en el asunto y por las entidades o corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, por el Ministerio Fiscal y por la Administración de la comunidad autónoma, en interés de la ley, mediante un recurso de casación, cuando estimen gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada.

**2.** Únicamente podrá enjuiciarse a través de este recurso la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas de la comunidad autónoma que hayan sido determinantes del fallo recurrido.

**3.** De este recurso de casación en interés de la ley conocerá la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia y, cuando cuente con más de una, la sección de la sala que tenga su sede en dicho tribunal a que se refiere el artículo 99.3.

**4.** En lo referente a plazos, procedimiento para la sustanciación de este recurso y efectos de la sentencia regirá lo establecido en el artículo anterior con las adaptaciones necesarias. La publicación de la sentencia, en su caso, tendrá lugar en el «boletín oficial» de la comunidad autónoma y a partir de su inserción en él vinculará a todos los jueces de lo contencioso-administrativo con sede en el territorio a que extiende su jurisdicción el Tribunal Superior de Justicia.

## **7. Recurso de revisión (artículo 102)**

### **De la revisión de sentencia**

#### **Artículo 102**

**1. Objeto:** habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:

**a)** Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

**b)** Si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquella, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos o cuya falsedad se reconociese o declarase después.

**c)** Si, habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

**d)** Si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta.

**2.** Asimismo, se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y sus protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

**3.** Legitimación: en lo referente a legitimación, plazos, procedimiento y efectos de las sentencias dictadas en este procedimiento de revisión, regirán las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento civil. No obstante, sólo habrá lugar a la celebración de vista cuando lo pidan todas las partes o la sala lo estime necesario.

**4.** La revisión en materia de responsabilidad contable procederá en los casos establecidos en la Ley de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

## **Recursos contra las resoluciones del secretario judicial**

### **Artículo 102 bis**

**1.** Contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos del secretario judicial cabrá recurso de reposición ante el secretario que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en que la ley prevea recurso directo de revisión.

El recurso de reposición se interpondrá en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la resolución impugnada.

Si no se cumplieran los requisitos establecidos en el párrafo anterior, se inadmitirá mediante decreto directamente recurrible en revisión.

Interpuesto el recurso en tiempo y forma, el secretario judicial dará traslado de las copias del escrito a las demás partes, por término común de tres días, a fin de que puedan impugnarlo si lo estiman conveniente. Transcurrido dicho plazo, el secretario judicial resolverá mediante decreto dentro del tercer día.

**2.** Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de

reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva.

Cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto.

Cabrá interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea.

El Pleno del TC, por providencia de 8 de octubre 2013, ha acordado admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5344-2013, en relación con el artículo 102 bis, apartado 2, de la presente ley.

**3.** El recurso de revisión deberá interponerse en el plazo de cinco días mediante escrito en el que deberá citarse la infracción en que la resolución hubiese incurrido.

Cumplidos los anteriores requisitos, el secretario judicial, mediante diligencia de ordenación, admitirá el recurso, concediendo a las demás partes personadas un plazo común de cinco días para impugnarlo, si lo estiman conveniente.

Si no se cumpliesen los requisitos de admisibilidad del recurso, el juzgado o tribunal lo inadmitirá mediante providencia.

Transcurrido el plazo para impugnación, háyanse presentado o no escritos, el juzgado o tribunal resolverá sin más trámites, mediante auto, en un plazo de cinco días.

Contra las resoluciones sobre admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno.

**4.** Contra el auto dictado resolviendo el recurso de revisión únicamente cabrá recurso de Constituciónapelación y de casación en los supuestos previstos en los artículos 80 y 87 de esta ley, respectivamente.

#### **IV. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS**

Empleando palabras de la exposición de motivos de la LJCA, "la ley ha realizado un importante esfuerzo para incrementar las garantías de ejecución de las sentencias, *desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo*. El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución (en adelante CE) prescribe, y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia CE les

atribuye”.

En efecto, la suma de los artículos 1, 24.1, 106 y 117 de la CE sólo podía abocar a una regulación que abordase con decisión la puesta a disposición de jueces y tribunales de la ejecución de las resoluciones judiciales. Son prescripciones –dice la exposición de motivos– “que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la CE frente al que no caben excusas”. Sin embargo, en la práctica la ejecución de sentencias continúa siendo una de las grandes aspiraciones y, al propio tiempo, una de las mayores frustraciones del Estado de derecho.

Esta materia se encuentra regulada en los artículos 103 y siguientes de la LJCA, tal y como se expone a continuación:

### **Artículo 103: principios generales que rigen la ejecución**

**1. Competencia:** la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia.

**2. Obligación de las partes:** las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en estas se consignent.

**3.** Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales de lo contencioso-administrativo para la debida y completa ejecución de lo resuelto.

**4. Nulidad de actos contrarios a pronunciamiento judicial:** serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento.

**5.** El órgano jurisdiccional a quien corresponda la ejecución de la sentencia declarará, a instancia de parte, la nulidad de los actos y disposiciones a que se refiere el apartado anterior, por los trámites previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 109, salvo que



careciese de competencia para ello conforme a lo dispuesto en esta ley.

## **Artículo 104**

**1. Ejecución voluntaria:** después de que sea firme una sentencia, el secretario judicial lo comunicará en el plazo de diez días al órgano que hubiera realizado la actividad objeto del recurso, a fin de que, recibida la comunicación, la lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, y en el mismo plazo indique el órgano responsable del cumplimiento de aquel.

**2. Ejecución forzosa:** transcurridos dos meses a partir de la comunicación de la sentencia o el plazo fijado en esta para el cumplimiento del fallo conforme al artículo 71.1.c), cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa.

**3.** Atendiendo a la naturaleza de lo reclamado y a la efectividad de la sentencia, esta podrá fijar un plazo inferior para el cumplimiento, cuando lo dispuesto en el apartado anterior lo haga ineficaz o cause grave perjuicio.

## **Artículo 105. Imposibilidad de ejecución**

**1.** No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo.

**2.** Si concurriesen causas de imposibilidad material o legal de ejecutar una sentencia, el órgano obligado a su cumplimiento lo manifestará a la autoridad judicial a través del representante procesal de la Administración, dentro del plazo previsto en el apartado segundo del artículo anterior, a fin de que, con audiencia de las partes y de quienes considere interesados, el juez o tribunal aprecie la concurrencia o no de dichas causas y adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando, en su caso, la indemnización que proceda por la parte en que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

**3.** Son causas de utilidad pública o de interés social para expropiar los derechos o intereses legítimos reconocidos frente a la Administración en una sentencia firme el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional. La declaración de la concurrencia de alguna de las causas citadas se hará por el Gobierno de

la Nación; podrá también efectuarse por el Consejo de Gobierno de la comunidad autónoma cuando se trate de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos y el acto, actividad o disposición impugnados proviniera de los órganos de la Administración de dicha comunidad o de las entidades locales de su territorio, así como de las entidades de derecho público y corporaciones dependientes de una y otras.

La declaración de concurrencia de alguna de las causas mencionadas en el párrafo anterior habrá de efectuarse dentro de los dos meses siguientes a la comunicación de la sentencia. El juez o tribunal a quien competa la ejecución señalará, por el trámite de los incidentes, la correspondiente indemnización y, si la causa alegada fuera la de peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, apreciará, además, la concurrencia de dicho motivo.

### **Artículo 106. Ejecución contra la Administración pública**

- 1.** Cuando la Administración fuere condenada al pago de cantidad líquida, el órgano encargado de su cumplimiento acordará el pago con cargo al crédito correspondiente de su presupuesto, que tendrá siempre la consideración de ampliable. Si para el pago fuese necesario realizar una modificación presupuestaria, deberá concluirse el procedimiento correspondiente dentro de los tres meses siguientes al día de notificación de la resolución judicial.
- 2.** A la cantidad a que se refiere el apartado anterior se añadirá el interés legal del dinero, calculado desde la fecha de notificación de la sentencia dictada en única o primera instancia.
- 3.** No obstante lo dispuesto en el artículo 104.2, transcurridos tres meses desde que la sentencia firme sea comunicada al órgano que deba cumplirla, se podrá instar la ejecución forzosa. En este supuesto, la autoridad judicial, oído el órgano encargado de hacerla efectiva, podrá incrementar en dos puntos el interés legal a devengar, siempre que apreciase falta de diligencia en el cumplimiento.
- 4.** Si la Administración condenada al pago de cantidad estimase que el cumplimiento de la sentencia habría de producir trastorno grave a su hacienda, lo pondrá en conocimiento del juez o tribunal acompañado de una propuesta razonada para que, oídas las partes, se

resuelva sobre el modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquella.

**5.** Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación asimismo a los supuestos en que se lleve a efecto la ejecución provisional de las sentencias conforme a esta ley.

**6.** Cualquiera de las partes podrá solicitar que la cantidad a satisfacer se compense con créditos que la Administración ostente contra el recurrente.

### **Artículo 107**

**1.** Si la sentencia firme anulase total o parcialmente el acto impugnado, el secretario judicial dispondrá, a instancia de parte, la inscripción del fallo en los registros públicos a que hubiere tenido acceso el acto anulado, así como su publicación en los boletines oficiales o privados, si concurriere causa bastante para ello, a costa de la parte ejecutada. Cuando la publicación sea en boletines privados, se deberá acreditar ante el órgano jurisdiccional un interés público que lo justifique.

**2.** Si la sentencia anulara total o parcialmente una disposición general o un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el secretario del órgano judicial ordenará su publicación en un diario oficial en el plazo de diez días a contar desde la firmeza de la sentencia.

### **Artículo 108**

**1.** Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el juez o tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

**a)** Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras administraciones públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.

**b)** Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada.

**2.** Si la Administración realizare alguna actividad que contraviniera los pronunciamientos del fallo, el juez o tribunal, a instancia de los interesados, procederá a reponer la situación al estado exigido por el fallo y determinará los daños y perjuicios que ocasionare el

incumplimiento.

**3.** El juez o tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

### **Artículo 109**

**1.** La Administración pública, las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia, podrán promover incidente para decidir, sin contrariar el contenido del fallo, cuantas cuestiones se planteen en la ejecución y especialmente las siguientes:

- a)** Órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones.
- b)** Plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran.
- c)** Medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir.

**2.** Del escrito planteando la cuestión incidental el secretario judicial dará traslado a las partes para que, en plazo común que no excederá de veinte días, aleguen lo que estimen procedente.

**3.** Evacuado el traslado o transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior, el juez o tribunal dictará auto, en el plazo de diez días, decidiendo la cuestión planteada.

### **Artículo 110**

**1.** En materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública y de unidad de mercado, los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurran las siguientes circunstancias:

- a)** Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- b)** Que el juez o tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio,

para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada.

**c)** Que soliciten la extensión de los efectos de la sentencia en el plazo de un año desde la última notificación de esta a quienes fueron parte en el proceso. Si se hubiere interpuesto recurso en interés de ley o de revisión, este plazo se contará desde la última notificación de la resolución que ponga fin a este.

**2.** La solicitud deberá dirigirse directamente al órgano jurisdiccional competente que hubiera dictado la resolución de la que se pretende que se extiendan los efectos.

**3.** La petición al órgano jurisdiccional se formulará en escrito razonado al que deberá acompañarse el documento o documentos que acrediten la identidad de situaciones o la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5 de este artículo.

**4.** Antes de resolver, en los veinte días siguientes, el secretario judicial recabará de la Administración los antecedentes que estime oportunos y, en todo caso, un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada, poniendo de manifiesto el resultado de esas actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de cinco días, con emplazamiento en su caso de los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión. Una vez evacuado el trámite, el juez o tribunal resolverá sin más por medio de auto, en el que no podrá reconocerse una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme de que se trate.

**5.** El incidente se desestimarán, en todo caso, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

**a)** Si existiera cosa juzgada.

**b)** Cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postule fuere contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los tribunales superiores de justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99.

**c)** Si para el interesado se hubiere dictado resolución que, habiendo causado estado en vía administrativa, fuere consentida y firme por no haber promovido recurso contencioso-administrativo.

**6.** Si se encuentra pendiente un recurso de revisión o un recurso de casación en interés de la ley, quedará en suspenso la decisión del incidente hasta que se resuelva el citado

recurso.

**7.** El régimen de recurso del auto dictado se ajustará a las reglas generales previstas en el artículo 80.

### **Artículo 111. Extensión de efectos**

Cuando se hubiere acordado suspender la tramitación de uno o más recursos con arreglo a lo previsto en el artículo 37.2, una vez declarada la firmeza de la sentencia dictada en el pleito que se hubiere tramitado con carácter preferente, el secretario judicial requerirá a los recurrentes afectados por la suspensión para que en el plazo de cinco días interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del recurso.

Si se solicitase la extensión de los efectos de aquella sentencia, el juez o tribunal la acordará, salvo que concurra la circunstancia prevista en el artículo 110.5.b) o alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso contempladas en el artículo 69 de esta ley.

### **Artículo 112**

Transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado.

Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el juez o la sala podrán:

**a)** Imponer multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del juzgado o de la sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 48.

**b)** Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder.

### **Artículo 113**

**1.** Transcurrido el plazo de ejecución que se hubiere fijado en el acuerdo a que se refiere el artículo 77.3, cualquiera de las partes podrá instar su ejecución forzosa.

**2.** Si no se hubiere fijado plazo para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo, la parte perjudicada podrá requerir a la otra su cumplimiento y transcurridos dos meses podrá proceder a instar su ejecución forzosa.

## **V. CLASES DE PROCESOS ESPECIALES.**

### **1. Clases**

Además del procedimiento ordinario y abreviado, la LJCA regula en su título V tres procedimientos especiales: el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales (artículos 114-122), la cuestión de ilegalidad (artículos 123-126) y el procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos (artículo 127). Por otra parte, y siendo atribuida al orden contencioso-administrativo la materia electoral (artículo 1.3 de la LJCA), habrá que estar a lo que para este tipo de procesos regula la Ley orgánica del régimen electoral general.

### **2. Especial referencia al procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona**

- Ámbito:

Con una remisión genérica al “procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos, previsto en el artículo 53.2 de la CE”, la LJCA pretende ceñir este procedimiento especial al restablecimiento o preservación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en los artículos 14 a 29 de la CE (más la objeción de conciencia).

- Objeto limitado:

Se trata de un proceso de pura constitucionalidad, en el que no podrán ser consideradas cuestiones de legalidad ordinaria.

- Tramitación:

Las peculiaridades más relevantes de este procedimiento que, a todos los efectos, tendrá carácter preferente, son las siguientes:

1º) El plazo para interponer este recurso será de diez días, que se computarán, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites. Cuando la lesión del derecho fundamental tuviera su

origen en la inactividad administrativa, se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente.

2º) En el escrito de interposición se expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso.

3º) En el mismo día de la presentación del recurso o en el siguiente, el secretario judicial requerirá con carácter urgente al órgano administrativo correspondiente, acompañando copia del escrito de interposición, para que en el plazo máximo de cinco días a contar desde la recepción del requerimiento remita el expediente acompañado de los informes y datos que estime procedentes.

Al remitir el expediente, el órgano administrativo lo comunicará a todos los que aparezcan como interesados en el mismo, acompañando copia del escrito de interposición y emplazándoles para que puedan comparecer como demandados ante el juzgado o sala en el plazo de cinco días.

La falta de envío del expediente administrativo dentro del plazo previsto en el apartado anterior no suspenderá el curso de los autos. Cuando el expediente administrativo se recibiese en el juzgado o sala una vez transcurrido el plazo, el secretario judicial lo pondrá de manifiesto a las partes por plazo de cuarenta y ocho horas, en el que podrán hacer alegaciones, y sin alteración del curso del procedimiento.

4º) La Administración, con el envío del expediente, y los demás demandados, al comparecer, podrán solicitar razonadamente la inadmisión del recurso y la celebración de una comparecencia oral en la que intervengan, a efectos de pronunciarse sobre la inadmisibilidad, el Ministerio Fiscal y las partes.

5º) El secretario judicial pondrá de manifiesto al recurrente el expediente y demás actuaciones para que en el plazo improrrogable de ocho días pueda formalizar la demanda y acompañar los documentos.

Formalizada la demanda, el secretario judicial dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal



y a las partes demandadas para que, a la vista del expediente, presenten sus alegaciones en el plazo común e improrrogable de ocho días y acompañen los documentos que estimen oportunos.

Evacuado el trámite de alegaciones o transcurrido el plazo para efectuarlas, el órgano jurisdiccional decidirá en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba, por un período que no será en ningún caso superior a veinte días comunes para su proposición y práctica.

6º) Concluidas las actuaciones, el órgano jurisdiccional dictará sentencia en el plazo de cinco días.

La sentencia estimará el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo.

Contra las sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo procederá siempre la apelación en un solo efecto.

- Supuestos específicos: la LJCA, dentro de la propia especialidad de este procedimiento, regula, además, dos supuestos específicos en los artículos 122 y 122 bis.

a) El artículo 122 de la LJCA establece las especialidades del procedimiento cuando el derecho invocado sea el de reunión, en concreto la prohibición o propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley orgánica del derecho de reunión cuando no sean aceptadas por los promotores. Estos podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante el tribunal competente, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la prohibición o modificación, trasladándose por los promotores copia debidamente registrada del escrito del recurso a la autoridad gubernativa, al objeto de que esta remita inmediatamente el expediente. El secretario judicial, en el plazo improrrogable de cuatro días, y poniendo de manifiesto el expediente si se hubiera recibido, convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los recurrentes o a la persona que estos designen como representante a una audiencia en la que el tribunal, de manera contradictoria, oír a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso. La decisión que se adopte únicamente podrá mantener o revocar la prohibición o las modificaciones propuestas.

b) El artículo 122 bis regula el procedimiento para obtener la autorización judicial a que se

refiere el artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Dispone este artículo que:

“1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, *los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran.* Los principios a que alude este apartado son los siguientes: a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional. b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores. c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social. d) La protección de la juventud y de la infancia. e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual.

En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en los que la CE y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, *sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo*, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información.

2. Los órganos competentes para la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior, *al objeto de identificar al responsable del servicio de la sociedad de la información que está realizando la conducta presuntamente vulneradora*, podrán requerir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información la cesión de los datos que permitan tal identificación a fin de que pueda comparecer en el procedimiento. *Tal requerimiento exigirá la previa autorización judicial* de acuerdo con lo previsto en el

apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Una vez obtenida la autorización, los prestadores estarán obligados a facilitar los datos necesarios para llevar a cabo la identificación”.

A efectos de dar cumplimiento a este artículo, la LJCA ha recogido el procedimiento para obtener la autorización judicial a que se refiere el artículo 8 transcrito, en los siguientes términos:

- El procedimiento se iniciará con la solicitud de los órganos competentes en la que se expondrán las razones que justifican la petición acompañada de los documentos que sean procedentes a estos efectos. El juzgado, en el plazo de 24 horas siguientes a la petición y, previa audiencia del Ministerio Fiscal, dictará resolución autorizando la solicitud efectuada siempre que no resulte afectado el artículo 18.1 y 3 de la CE.
- La ejecución de las medidas para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual, adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, requerirá de autorización judicial previa de conformidad con lo establecido en los párrafos siguientes.

Acordada la medida por la Comisión, solicitará del juzgado competente la autorización para su ejecución, referida a la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la CE.

En el plazo improrrogable de dos días siguientes a la recepción de la notificación de la resolución de la Comisión y poniendo de manifiesto el expediente, el juzgado convocará al representante legal de la Administración, al Ministerio Fiscal y a los titulares de los derechos y libertades afectados o a la persona que estos designen como representante a una audiencia, en la que, de manera contradictoria, el juzgado oír a todos los personados y resolverá en el plazo improrrogable de dos días mediante auto. La decisión que se adopte únicamente podrá autorizar o denegar la ejecución de la medida.

### **3. Especial referencia al proceso electoral**

La Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, reguladora del régimen electoral general, dedica sus artículos 109 y siguientes a regular el recurso contencioso-electoral.

Este tipo de recursos tiene carácter de urgente y goza de preferencia absoluta en su sustanciación y fallo ante las salas de lo contencioso-administrativo competentes. Se rigen, en lo no regulado en la Ley electoral, por la Ley jurisdiccional de 1998.

### **- Objeto (artículo 109)**

Pueden ser objeto de recurso contencioso-electoral los acuerdos de las juntas electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los presidentes de las corporaciones locales.

### **- Legitimación (artículo 110)**

Están legitimados para interponer el recurso contencioso-electoral o para oponerse a los que se interpongan:

- a) Los candidatos proclamados o no proclamados.
- b) Los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción.
- c) Los partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción.

### **- Intervención del Ministerio Fiscal (artículo 111)**

La representación pública y la defensa de la legalidad en el recurso contencioso-electoral corresponden al Ministerio Fiscal.

### **- Órganos competentes**

El tribunal competente para la resolución de los recursos contencioso-electorales que se refieren a elecciones generales o al Parlamento Europeo es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

En el supuesto de elecciones autonómicas o locales, el tribunal competente es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva comunidad autónoma.

### **- Procedimiento**

El recurso contencioso-electoral se interpone ante la junta electoral correspondiente dentro de los tres días siguientes al acto de proclamación de electos y se formaliza en el mismo escrito, en el que se consignan los hechos, los fundamentos de derecho y la

petición que se deduzca.

Al día siguiente de su presentación, el presidente de la junta ha de remitir a la sala competente el escrito de interposición, el expediente electoral y un informe de la junta en el que se consigne cuanto se estime procedente como fundamento del acuerdo impugnado.

La resolución que ordena la remisión se notificará, inmediatamente después de su cumplimiento, a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, emplazándolos para que puedan comparecer ante la sala dentro de los dos días siguientes.

La sala, al día siguiente de la finalización del término para la comparecencia de los interesados, dará traslado del escrito de interposición y de los documentos que lo acompañen al Ministerio Fiscal y a las partes que se hubieran personado en el proceso, poniéndoles de manifiesto el expediente electoral y el informe de la junta electoral, para que en el plazo común e improrrogable de cuatro días puedan formular las alegaciones que estimen convenientes. A los escritos de alegaciones se pueden acompañar los documentos que, a su juicio, puedan servir para apoyar o desvirtuar los fundamentos de la impugnación. Asimismo, se puede solicitar el recibimiento a prueba y proponer aquellas que se consideren oportunas.

Transcurrido el período de alegaciones, la sala, dentro del día siguiente, podrá acordar de oficio o a instancia de parte el recibimiento a prueba y la práctica de las que declara pertinentes. La fase probatoria se desarrollará con arreglo a las normas establecidas para el proceso contencioso-administrativo, si bien el plazo no podrá exceder de cinco días.

Concluido el período probatorio, en su caso, la sala, sin más trámite, dictará sentencia en el plazo de cuatro días.

### **- La sentencia**

La sentencia habrá de pronunciar alguno de los fallos siguientes:

- a) Inadmisibilidad del recurso.
- b) Validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada.
- c) Nulidad de acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de

aquel o aqueles a quienes corresponda.

d) Nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación, o proceder a una nueva elección cuando se trate del presidente de una corporación Local, en todo caso en el plazo de tres meses a partir de la sentencia. No obstante, la invalidez de la votación en una o varias mesas o en una o varias secciones no comportará nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la atribución de escaños en la circunscripción.

No procederá la nulidad cuando el vicio del procedimiento electoral no sea determinante del resultado de la elección. La invalidez de la votación en una o varias secciones tampoco comporta la nulidad de la elección cuando no se altere el resultado final.

La sentencia se notifica a los interesados no más tarde del día trigésimo séptimo posterior a las elecciones.

Las sentencias se comunican a la junta electoral correspondiente, mediante testimonio y en forma, con devolución del expediente, para su inmediato y estricto cumplimiento.

2. La sala, de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o de las partes, podrá dirigirse directamente a las autoridades, organismos e instituciones de todo orden a las que alcance el contenido de la sentencia y, asimismo, adoptará cuantas medidas sean adecuadas para la ejecución de los pronunciamientos contenidos en el fallo.

### **- Recursos**

Contra la sentencia no procede recurso contencioso alguno, ordinario ni extraordinario, salvo el de aclaración, y sin perjuicio del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El amparo debe solicitarse en el plazo de tres días y el Tribunal Constitucional debe resolver sobre el mismo en los quince días siguientes.

### **- Gratuidad y costas procesales**

Los recursos judiciales previstos en la Ley electoral son gratuitos. No obstante, procederá la condena en costas a la parte o partes que hayan mantenido posiciones infundadas, salvo que circunstancias excepcionales, valoradas en la resolución que se dicte, motiven su no imposición.

**MARTA GARCÍA PÉREZ**

PROFESORA TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD DE A CORUÑA

**REVISADO Y ACTUALIZADO POR LORENA PEITEADO PÉREZ**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA**

BLANQUER, D., *Derecho Administrativo, I, El fin, los medios y el control*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (la Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Madrid, Civitas, 1998 (varias ediciones).

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo*, volumen II, 1999 (sucesivas ediciones).

## **TEMA 22**

**LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.  
NORMATIVA VIGENTE. OBJETO Y ÁMBITO DE  
APLICACIÓN. CLASES DE CONTRATOS Y  
REGULACIÓN. DISPOSICIONES GENERALES  
SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR  
PÚBLICO.**



## **TEMA 22. LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. NORMATIVA VIGENTE. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES DE CONTRATOS Y REGULACIÓN. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

### **I. LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

La contratación del sector público representa en España en torno al 13% del producto interior bruto (ronda los 130.000 millones de euros), mientras que en el ámbito comunitario supone el 16% (unos 2,9 billones de euros). Ambos datos ponen de manifiesto la gran importancia de este fenómeno desde el punto de vista económica, social y también jurídico.

En los siguientes cuatro temas se recogerán los conceptos básicos de la contratación pública en el ordenamiento jurídico español, con especial referencia a la normativa de nuestra Comunidad Autónoma.

### **II. NORMATIVA VIGENTE**

#### **1. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Desde la entrada de España en las Comunidades Europeas, la normativa europea ha incidido de manera determinante en la regulación de la contratación pública.

La Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, vino a refundir todas las directivas anteriores sobre la materia, y determinó la aprobación en España de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público como norma de transposición.

Esta directiva ha quedado derogada, con efectos de 18 de abril de 2016, por la Directiva 2014/24, de 26 de febrero, sobre contratación pública.

Esta directiva no incluye los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que se rigen por la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios

postales, que se ha traducido en España en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que no será objeto de estudio.

Esta directiva será derogada, con efectos de 18 de abril de 2016, por la Directiva 2014/25, de 26 de febrero, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

## **2. NORMATIVA ESTATAL**

La disposición final trigésima segunda de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible autoriza al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta ley, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.

Al amparo de este mandato se aprueba el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP).

Continuará vigente en tanto no se dicte uno nuevo y en lo que no se oponga al TRLCSP, el Reglamento general de la Ley de contratos de las AAPP aprobado por Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre, parcialmente derogado por el RD 817/2009, de 8 de mayo.

También cabe destacar la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que en su artículo 8 impone a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación el deber de hacer pública, como mínimo, la información relativa a todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los

contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.

### **3. NORMATIVA AUTONÓMICA GALLEGA**

El artículo 28.2 del Estatuto de autonomía de Galicia atribuye a nuestra comunidad competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado, en los términos que la misma establezca, en materia de contratación, y el 27.1 y 5 le otorga competencia sobre la organización de sus instituciones de autogobierno y sobre procedimientos administrativos que se deriven de la organización propia de los poderes públicos gallegos.

Aparte del Estatuto, la principal normativa específica gallega en materia de contratación la constituyen:

- Respecto de cuestiones de competencia, el artículo 34 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, de normas reguladoras de la Xunta y de su presidencia, y la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia.
- Respecto del Registro de Contratos, el Decreto 198/1995, de 16 de marzo.
- Orden de 4 de junio de 2010, por la que se regula la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia.
- Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega, que contempla determinados preceptos relativos a los contratos, como su artículo 10 relativo a los contratos públicos.
- La ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, que en su título II contiene normas sobre racionalización y reducción de costes en la contratación del sector público.
- Respecto del Registro General de Contratistas, el Decreto 262/2001, de 20 de septiembre, modificado por el Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula la factura electrónica y la utilización de medios electrónicos, informáticos y

telemáticos en materia de contratación pública de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y entes del sector público de ella dependiente.

- Respecto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, el Decreto 237/2007, de 5 de diciembre.

### **III. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN**

#### **1. OBJETO Y FINALIDAD**

El artículo 1 TRLCSP señala que:

“La presente ley tiene por objeto 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 de 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.

Es igualmente objeto de esta ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar.”

Por tanto, la finalidad de regular la contratación del sector público es doble:

- Garantía jurídica: 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
- Garantía económica: 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.

Esta garantía económica se conseguirá 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.

## **2. ÁMBITO DE APLICACIÓN**

El artículo 2 TRLCSP define el ámbito objetivo de la ley, al señalar que:

“1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.

2. Están también sujetos a la presente ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 17, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los casos del artículo 274.

3. La aplicación de esta ley a los contratos que celebren las comunidades autónomas y las entidades que integran la Administración local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la disposición final segunda”.

En cuanto a su ámbito subjetivo, su artículo 3 dispone que:

“1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las

Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local (ahora regulados en el capítulo VI del título II de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público).

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados

en las letras anteriores.

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.<sup>a</sup> Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2.<sup>a</sup> que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores”.

A efectos de mayor concreción de lo que queda incluido en el ámbito de aplicación del TRLCSP, el artículo 4 de esta ley excluye ciertos negocios y contratos de la regulación del TRLCSP, los cuales se regirán, en primer lugar, por su normativa específica, y el TRLCSP sólo servirá para suplir dudas y lagunas:

- La relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral.
- Las relaciones jurídicas consistentes en la prestación de un servicio público cuya utilización por los usuarios requiera el abono de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general.

De esta manera, no se rige por esta ley la contratación que se produce entre el usuario (cualquier ciudadano) de un servicio público (transporte urbano, por ejemplo), y la Administración (o empresa concesionaria) que se lo presta (a cambio, por ejemplo, del pago del billete de autobús).

- Los convenios de colaboración que celebre la Administración general del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades públicas, las comunidades autónomas, las entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la



consideración de contratos sujetos a esta ley.

- Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales.
- Los convenios incluidos en el ámbito del artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa.
- Los acuerdos que celebre el Estado con otros Estados o con entidades de derecho internacional público (tratados internacionales).
- Los contratos de suministro relativos a actividades directas de los organismos de derecho público dependientes de las administraciones públicas cuya actividad tenga carácter comercial, industrial, financiero o análogo, si los bienes sobre los que versan han sido adquiridos con el propósito de devolverlos, con o sin transformación, al tráfico jurídico patrimonial, de acuerdo con sus fines peculiares, siempre que tales organismos actúen en ejercicio de competencias específicas a ellos atribuidas por la ley.

Se trata de suministros no realizados para consumo interno del organismo, como una bombilla, una mesa o una silla que vayan a usarse en sus dependencias, sino de un suministro que se realiza pensando en devolverlo al tráfico jurídico patrimonial, es decir, al mercado. El ejemplo más gráfico, aunque ya no actual, es el del BOE, considerado en su momento un organismo de derecho público de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, que adquiría, entre otras cosas, papel y tinta para confeccionar el *Boletín Oficial del Estado*, el cual luego vendía a los correspondiente compradores. Ese suministro de papel y tinta quedaría excluido de este TRLCSP.

- Los contratos y convenios derivados de acuerdos internacionales celebrados de conformidad con el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea con uno o varios países no miembros de la comunidad, relativos a obras o suministros

destinados a la realización o explotación conjunta de una obra, o relativos a los contratos de servicios destinados a la realización o explotación en común de un proyecto.

- Los contratos y convenios efectuados en virtud de un acuerdo internacional celebrado en relación con el estacionamiento de tropas.

Se trata de contratos o convenios celebrados para el traslado, estacionamiento inicial, estancia y retirada de tropas españolas en misiones humanitarias o de guerra, como las de Irak o Afganistán.

- Los contratos y convenios adjudicados en virtud de un procedimiento específico de una organización internacional.

- Los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación.

Estos contratos tienen como normativa específica la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.

- Los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta y transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en particular las operaciones relativas a la gestión financiera del Estado, así como las operaciones destinadas a la obtención de fondos o capital por los entes, organismos y entidades del sector público, así como los servicios prestados por el Banco de España y las operaciones de tesorería.

Quedan excluidos, por tanto, todos los instrumentos de política monetaria, de tipos de cambio, de deuda pública, gestión de reservas, y cualquier otra política que implique operaciones con títulos o con otros instrumentos financieros. Asimismo, quedan excluidos los contratos para conseguir préstamos, o servicios como el cambio de moneda, por parte del Banco de España.

- Los contratos por los que un ente, organismo o entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o prestar algún servicio, sin perjuicio de que el adquirente de los bienes o el receptor de los servicios, si es una entidad del

sector público sujeta a esta ley, deba ajustarse a sus prescripciones.

De esta manera, si Navantia se obliga a construir un barco para una empresa coreana, ese contrato queda excluido del TRLCSP. Pero si el receptor es, por ejemplo, una Administración pública española, sí que quedaría sometido al TRLCSP.

- Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.<sup>a</sup> del capítulo II de este título preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190.

Esta letra se refiere a los contratos llamados "*in house providing*", que son aquellos realizados con organismos considerados como medio propio y servicio técnico del ente matriz. Sería el caso de un contrato realizado entre la Administración general del Estado y TRAGSA, la cual, según la disposición adicional 30<sup>a</sup> TRLCSP, se considera medio propio y servicio técnico de la Administración general del Estado. En cambio, si TRAGSA debe contratar con un tercero para cumplir el encargo de la Administración general del Estado, ese contrato sí quedaría sometido al TRLCSP, en los términos de esta letra n).

- Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente ley.

La legislación específica es, principalmente, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del

patrimonio de las administraciones públicas, y, en el caso de nuestra Comunidad Autónoma, la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

- Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial. En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la sección 1ª del capítulo II del título preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por 100 del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en el TRLCSP.

- Los contratos de servicios y suministro celebrados por los organismos públicos de investigación estatales y los organismos similares de las comunidades autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.

Como ejemplos de organismos públicos de Investigación pueden citarse el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) o el Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial (INTA).

- Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para

desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa.

## **IV. CLASES DE CONTRATOS Y REGULACIÓN**

### **1. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS**

Se llaman así por estar específicamente tipificados o regulados por la propia TRLCSP.

#### *- El contrato de obras*

De acuerdo con el artículo 6 TRLCSP, son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.

Por obra se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.

El anexo I señala como actividades propias de este tipo de contrato la preparación de obras –demoliciones, perforaciones, sondeos-, la construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil, la instalación de edificios y obras –instalación eléctrica, aislamiento térmico, acústico y antivibratorios, fontanería-, el acabado de edificios y obras, y el alquiler de equipo de construcción o demolición dotado de operario.

#### *- El contrato de concesión de obras públicas*

Este contrato surge principalmente de la necesidad de crear infraestructuras sin incrementar el gasto público ni provocar inflación, y tiene como ejemplo más típico, aunque no único, la construcción de una autopista por parte de una empresa privada a cambio de su derecho a explotarla durante un periodo generalmente largo de tiempo.

En origen fue considerado un contrato mixto, ya que suponía un contrato de obras (la construcción de la autopista) y un contrato de gestión de servicios públicos (la explotación de la autopista durante cierto tiempo), pero al día de hoy se le considera un contrato típico autónomo.

El artículo 7.1 TRLCSP establece que la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6 (contrato de obras), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos contruidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

El artículo 7.2 TRLCSP señala que el contrato se ejecuta a riesgo y ventura del contratista, lo que significa que si los usuarios no utilizan la autopista suficientemente, o si un régimen de sequía hace poco productiva la presa hidráulica, la Administración no tendrá que suplir esa falta de ingresos del contratista.

Además, este artículo establece que el contrato podrá comprender, además de lo ya establecido en 7.1, el siguiente contenido:

- La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.
- Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquéllas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

El artículo 7.3 TRLCSP, por su parte, establece que el contrato de concesión de obras públicas podrá también prever que el concesionario esté obligado:

- A proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación (sería el caso de la construcción de una estación de servicio en una autopista), así como
- A efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean (como la construcción bajo las autopistas de pasos especiales para los animales).

En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico (como el caso de la gasolinera de la autopista), éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.

*- El contrato de gestión de servicios públicos*

De acuerdo con el artículo 8.1 TRLCSP, “el contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración pública o una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o mutua encomendante. Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria”.

Se trata de prestar servicios públicos, como la asistencia social, la sanidad, o el transporte público, a través de entidades (residencias y clínicas privadas, empresas de transporte) que se convierten en gestores directos del servicio, sin que la Administración intervenga más que ejerciendo poderes de control y policía sobre la prestación de esos servicios (se dice que la Administración gestiona indirectamente el servicio).

Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social son asociaciones empresariales sin ánimo de lucro. Colaboran con la Seguridad Social en la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y

en la gestión de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Un ejemplo es el FREMAP.

El artículo 8.2 TRLCSP señala que las disposiciones de esta ley referidas a este contrato no serán aplicables:

- A los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin (como el Sergas).
- A aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

En estos casos, se entiende que la Administración es la que presta directamente el servicio –gestión directa-, por más que lo haga a través de estas entidades o sociedades.

El contrato de gestión de servicios públicos puede adoptar cuatro modalidades (artículo 277 TRLCSP):

- La concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. Son de su cuenta, por tanto, las pérdidas o los beneficios que se puedan generar con la prestación del servicio público (piénsese en la explotación del servicio público de transporte urbano por parte de una empresa, la cual podría obtener beneficios si muchos ciudadanos usan el transporte público, o pérdidas, si no consigue un número mínimo de viajeros).
- Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. En esta modalidad, la empresa concesionario y la Administración se reparten las pérdidas o ganancias derivadas de la prestación del servicio, por lo que comparten un interés común en que el servicio sea rentable.
- Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate. Sería el caso de las clínicas o residencias de mayores concertadas. El hecho de que entidades privadas presten un servicio público (sanidad, asistencia social) permite a la



Administración un gran ahorro de cara a cubrir todas las necesidades de la población con respecto a ese servicio público.

- Sociedad de economía mixta, en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas. En esta modalidad, que tiene su razón de ser en el incentivo a la iniciativa privada, la sociedad creada con capital público y privado será la concesionaria del servicio (por ejemplo, para la gestión de un hospital).

*- El contrato de suministros*

Según el artículo 9 TRLCSP, son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del artículo 9.3 TRLCSP respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador (que, como se verá, pueden ser contratos de suministro o de servicios), no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas (derechos de autor, o de patente...) o valores negociables (acciones, letras de cambio, cheques, pagarés...).

En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

- Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente (por ejemplo, suministro de jeringuillas para el Sergas). No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el capítulo II del título II del libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.
- Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados

a medida, que se considerarán contratos de servicios.

De acuerdo con esto, sería contrato de suministro la adquisición de un programa de ordenador genérico, como Windows o Microsoft Office, pero sería contrato de servicios la adquisición de un programa específico desarrollado por una empresa para el uso del Sergas.

- Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos (como sería el caso de la construcción de una máquina diseñada por la Administración).

*- El contrato de servicios*

Señala el artículo 10 TRLCSP que "son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el anexo II".

*- El contrato de colaboración entre el sector público y privado*

Supone una novedad del TRLCSP, y tiene como objetivo financiar con capital privado una actividad de interés general de carácter complejo, repartiendo los riesgos entre el sector público y el sector privado.

El artículo 11 TRLCSP indica lo siguiente:

"Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones

inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.
- c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado.
- d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado”.

Una característica de este contrato es su carácter subsidiario: sólo se puede recurrir a él cuando “otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas”.

*- Régimen de los contratos administrativos típicos*

Estos contratos se regirán, de acuerdo con el artículo 19.2 TRLCSP, en todas sus fases (preparación, adjudicación, efectos y extinción):

- Por el TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo.
- Supletoriamente al TRLCSP y a la normativa de desarrollo, señala el artículo 19.2 TRLCSP que se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo.
- En su defecto, las normas de derecho privado, refiriéndose, fundamentalmente, al Código civil, que además de regular aspectos esenciales de la validez y eficacia de los contratos, la forma de interpretarlos, resolverlos o anularlos, también regula contratos de objeto semejante al regulado en el TRLCSP, como la compraventa (que si fuese de bienes muebles se asemejaría al contrato de suministros), o el

arrendamiento de obras y servicios.

- *Orden jurisdiccional competente*

De acuerdo con el artículo 21.1 TRLCSP, “el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”.

## **2. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES**

- *Definición legal*

A los contratos administrativos especiales se refiere el apartado b) del artículo 19.1 TRLCSP, al señalar que también son contratos administrativos “los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial.”

La ley entiende que existe esa naturaleza administrativa especial:

- Por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, es decir, con la actividad o funcionamiento normal de la Administración, como puede ser la contratación de una empresa privada para que preste a los pacientes el servicio de televisión por tarjeta prepago en un hospital público: no es un contrato de gestión de servicio público porque el poner televisores a disposición de los pacientes no es un servicio público que deba prestar la Administración; no es un contrato de servicios porque quien recibe el servicio es el paciente, no la Administración, y por supuesto, no es un contrato de obras u otro administrativo típico que se le parezca. Sin embargo, el poner televisores a disposición de los pacientes está, sin duda, relacionado con la prestación del servicio público de asistencia sanitaria, ya que hace más llevadera la estancia de los pacientes en los hospitales, con lo que se caracteriza como contrato administrativo especial.

- Por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter

de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1 TRLCSP.

- Por declararlo así una ley. Un ejemplo de este último supuesto lo aporta la propia TRLCSP, en su artículo 24, referido a obras, fabricación de bienes muebles y ejecución de servicios por la propia Administración con la colaboración de empresarios particulares. Establece el citado artículo que “cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con éstos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración”.

- *Régimen legal de los contratos administrativos especiales*

Es el mismo que el de los contratos administrativos típicos, ya examinado, con la salvedad de que los contratos administrativos especiales se regirán, en primer lugar, por sus normas específicas (artículo 19.2, *in fine*).

- *Orden jurisdiccional competente*

Igual que en los contratos administrativos típicos, será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos (artículo 21.1 TRLCSP).

### **3. CONTRATOS PRIVADOS**

- *Definición legal*

Con respecto a la definición de los contratos privados, el artículo 20.1 TRLCSP utiliza un doble criterio:

- Atendiendo al sujeto que celebra el contrato y al objeto del mismo, establece que “son contratos privados los celebrados por una Administración pública que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del anexo II (servicios financieros: seguros, bancarios e inversiones), la creación e interpretación artística

y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo anexo (no abarcan toda la categoría 26), y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos”, y como cajón de sastre, señala que también serán privados cualesquiera otros contratos distintos que no sean administrativos.

De este apartado podemos concluir:

- Que las administraciones públicas pueden celebrar contratos administrativos o privados, según el objeto del contrato.
- Que los contratos que celebren las administraciones públicas, o bien son administrativos, o bien son privados, sin tercera opción posible.
- Atendiendo exclusivamente al sujeto que celebra el contrato, establece que “tendrán la consideración de contratos privados los celebrados por los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de administraciones públicas”.

De este segundo punto podemos concluir que los entes, organismos y entidades del sector público que no sean administraciones públicas (por ejemplo, las entidades públicas empresariales, como AENA) no podrán celebrar contratos administrativos. Todos los que celebren serán privados. Por supuesto, para entender qué deba entenderse por administraciones públicas hay que estar a la definición que da de ellas la propia TRLCSP, en su artículo 3.2, ya examinado.

#### *- Régimen jurídico de los contratos privados*

Teniendo en cuenta que la vida de un contrato tiene cuatro fases (preparación, adjudicación, efectos y extinción), a efectos de determinar la normativa por la que se rigen los contratos privados, es necesario distinguir las dos primeras de las dos últimas:

- Preparación y adjudicación.
  - En primer lugar, se rigen por sus normas específicas.
  - En defecto de normas específicas, por el TRLCSP y sus disposiciones de

desarrollo, en los términos ya expuestos al hablar de los contratos administrativos.

- Supletoriamente, se regirán por el resto de normas de derecho administrativo (si quien celebra el contrato privado es una Administración pública), o, en su caso, por las normas de derecho privado (si el ente, organismo o entidad que celebra el contrato no es una Administración pública).

- Efectos y extinción. Estas dos últimas fases se regirán siempre por el derecho privado. No obstante, en cuanto a modificación de los contratos, serán de aplicación a estos contratos las normas contenidas en el TRLCSP, en el título V del libro I.

#### *- Orden jurisdiccional competente*

Será el orden jurisdiccional contencioso-administrativo el competente para conocer de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las administraciones públicas.

En cuanto al resto de contratos privados, también será el competente este orden jurisdiccional si se trata contratos sujetos a regulación armonizada (que se verán en el apartado siguiente), incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, así como de los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros que pretendan concertar entes, organismos o entidades que, sin ser administraciones públicas, tengan la condición de poderes adjudicadores (como podría ser, por ejemplo, un contrato de 209.000 euros celebrado por la Fundación Semana Verde de Galicia para la seguridad –categoría 23 del anexo II- en el recinto ferial de Silleda).

El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que

se celebren por los entes y entidades sometidos a esta ley que no tengan el carácter de Administración pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada.

El conocimiento de las cuestiones litigiosas que se susciten por aplicación de los preceptos contenidos en la sección 4.<sup>a</sup> del capítulo II del título II del libro IV de esta Ley será competencia del orden jurisdiccional civil, salvo para las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en dichos preceptos, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

#### **4. CONTRATOS SUJETOS, O NO SUJETOS, A UNA REGULACIÓN ARMONIZADA**

Aparte de la división de los contratos en administrativos o privados, los contratos del sector público pueden dividirse en contratos sujetos a regulación armonizada (también llamados “contratos SARA”, por sus iniciales), y contratos no sujetos a regulación armonizada.

Los criterios para deslindar unos de otros serán el tipo de contrato, la entidad contratante y la cuantía del contrato, y la consecuencia será la aplicación o no de determinada normativa europea -común, por tanto, en toda la UE-, plasmada en el propio TRLCSP.

##### *- Delimitación positiva*

A este respecto, el artículo 13.1 TRLCSP establece que son contratos sujetos a una regulación armonizada los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en todo caso, y los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de suministro, y los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del anexo II, cuyo valor estimado, calculado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 88, sea igual o superior a las cuantías que se indican en los artículos siguientes, siempre que la entidad contratante tenga el carácter de poder adjudicador:

- El artículo 14 TRLCSP establece que “están sujetos a regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de concesión de obras públicas cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros”. En el supuesto previsto en el



artículo 88.7, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la obra iguale o supere la cantidad indicada en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a un millón de euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.

- Con respecto a los contratos de suministro, el artículo 15 TRLCSP establece que están sujetos a regulación armonizada los contratos de suministro cuyo valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

- 135.000 euros, cuando se trate de contratos adjudicados por la Administración general del Estado, sus organismos autónomos, o las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social. No obstante, cuando los contratos se adjudiquen por órganos de contratación que pertenezcan al sector de la defensa, este umbral sólo se aplicará respecto de los contratos de suministro que tengan por objeto los productos enumerados en el anexo III.
- 209.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro distintos, por razón del sujeto contratante o por razón de su objeto, de los contemplados en la letra anterior.

En el supuesto previsto en el artículo 88.7 cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida el suministro iguale o supere las cantidades indicadas en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.

- Señala el artículo 16 TRLCSP que están sujetos a regulación armonizada los contratos de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del anexo II cuyo

valor estimado sea igual o superior a las siguientes cantidades:

- 135.000 euros, cuando los contratos hayan de ser adjudicados por la Administración general del Estado, sus organismos autónomos, o las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto para ciertos contratos de la categoría 5 y para los contratos de la categoría 8 del anexo II en la letra b) de este artículo.
- 209.000 euros, cuando los contratos hayan de adjudicarse por entes, organismos o entidades del sector público distintos a la Administración general del Estado, sus organismos autónomos o las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, o cuando, aun siendo adjudicados por estos sujetos, se trate de contratos de la categoría 5 consistentes en servicios de difusión de emisiones de televisión y de radio, servicios de conexión o servicios integrados de telecomunicaciones, o contratos de la categoría 8, según se definen estas categorías en el anexo II.

En el supuesto previsto en el artículo 88.7, cuando el valor acumulado de los lotes en que se divida la compra de servicios iguale o supere los importes indicados en el apartado anterior, se aplicarán las normas de la regulación armonizada a la adjudicación de cada lote. No obstante, los órganos de contratación podrán exceptuar de estas normas a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a 80.000 euros, siempre que el importe acumulado de los lotes exceptuados no sobrepase el 20 por 100 del valor acumulado de la totalidad de los mismos.

*- La particularidad de los contratos subvencionados sujetos a regulación armonizada*

El artículo 17 TRLCSP establece que son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 6 y 10, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

- Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura general de actividades económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros.
- Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

De esta manera, si, por ejemplo, un grupo empresarial privado dedicado a la educación contratara por veinte millones de euros a otra empresa para la construcción de una universidad privada, y doce millones (más de la mitad) los aportara la Xunta de Galicia, el contrato entraría dentro de la categoría de contrato subvencionado sujeto a regulación armonizada.

Las normas previstas para los contratos subvencionados se aplicarán a aquéllos celebrados por particulares o por entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores, en conjunción, en este último caso, con las restantes disposiciones de esta ley que les sean de aplicación. Cuando el contrato subvencionado se adjudique por entidades del sector público que tengan la consideración de poder adjudicador, se aplicarán las normas de contratación previstas para estas entidades, de acuerdo con su naturaleza, salvo la relativa a la determinación de la competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación y para adoptar medidas cautelares en el procedimiento de adjudicación, que se regirá, en todo caso, por la regla establecida en el artículo 41.

#### *- Delimitación negativa*

El artículo 13.2 TRLCSP excluye, por razón de su objeto, ciertos contratos de esta categoría, estableciendo que no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera que sea su valor estimado, los contratos siguientes:

- Los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la

coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión.

- Los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.
- Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa.
- Los declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado.
- Aquellos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones.

## **5. LOS CONTRATOS MENORES**

Dentro de los contratos celebrados por las administraciones públicas, hay que distinguir los contratos menores, que son aquellos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal (artículo 138.3 TRLCSP).

Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111 TRLCSP (que veremos al estudiar la fase de preparación de los contratos) (artículo 138.3 TRLCSP).

## **6. LOS CONTRATOS MIXTOS**

Señala el artículo 12 TRLCSP que “cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la

determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico”.

De esta manera, si, por ejemplo, un contratista se obliga a realizar obras de reforma de cuatro millones de euros, y además añadir un equipo tecnológico (pantallas, cámaras, sensores...) vinculado a esa construcción, por valor de 100.000 euros, tendremos una mezcla de contrato de obras y de suministros, que en cuanto a su adjudicación, se regirá por las normas de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico (en el ejemplo, por las de obras, por ser de mayor cuantía).

En cuanto a los efectos y extinción de los contratos mixtos, el artículo 115.2 TRLCSP establece que en el pliego de cláusulas administrativas particulares “se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos”.

## **V. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO**

### **1. RACIONALIDAD Y CONSISTENCIA DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO**

#### *- Necesidad e idoneidad del contrato*

De acuerdo con el artículo 22 TRLCSP, los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales.

A tal efecto, deben ser determinadas con precisión 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, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

#### *- Plazo de duración de los contratos*

Señala el artículo 23.1 TRLCSP, que 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 (obra, suministro, etc.).
- Las características de su financiación (los contratos de concesión de obra pública, como la construcción y explotación de una autopista, requieren mucho tiempo para poder recuperar la inversión, además del beneficio).
- La necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas (por la mejora de la técnica, aparición de mejores materiales, etc., que puedan permitir a nuevas empresas mejorar la oferta de la adjudicataria).

El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que se den las siguientes dos circunstancias:

- Sus características permanezcan inalterables durante el periodo de duración de éstas (no se cambien las unidades de obra o las características de los bienes suministrados, por ejemplo; sólo se altera el factor tiempo).
- La concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los periodos de prórroga (lo que podría tener repercusión, por ejemplo, en los precios de las ofertas, o incluso en el propio interés de las empresas en la licitación, e impide una duración indeterminada del contrato).

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes (deberá ser expreso).

Los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

- *Ejecución con medios propios o con la colaboración de particulares*

El artículo 24 TRLCSP recoge la posibilidad de realizar obras, fabricar bienes muebles o

realizar servicios sin recurrir al contrato de obras, suministros o servicios antes vistos:

- Ejecución de obras con medios propios o con la colaboración de particulares. La ejecución de obras podrá realizarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de obra a cargo de éstos sea inferior a 5.225.000, cuando concurra alguna de estas circunstancias (el TRLCSP sigue un criterio restrictivo):
  - Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.
  - Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por 100 del importe del presupuesto del contrato o una mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.
  - Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada.
  - Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 113.
  - Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo.
  - Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes.
  - Las obras de mera conservación y mantenimiento, definidas en el artículo 122.5.
  - Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un

anteproyecto, cuando no se aplique el artículo 150.3.a).

En casos distintos de los contemplados en las letras d), g) y h), deberá redactarse el correspondiente proyecto, cuyo contenido se fijará reglamentariamente.

- Fabricación de bienes muebles con medios propios o con la colaboración de particulares. La fabricación de bienes muebles podrá efectuarse por los servicios de la Administración, ya sea empleando de forma exclusiva medios propios o con la colaboración de empresarios particulares siempre que el importe de la parte de la prestación a cargo de éstos sea inferior a las cantidades señaladas en el artículo 15, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en las letras a), c), d) y e) del apartado anterior, o cuando, en el supuesto definido en la letra b) de este mismo apartado, el ahorro que pueda obtenerse sea superior al 20 por 100 del presupuesto del suministro o pueda obtenerse una mayor celeridad en su ejecución. Se exceptúan de estas limitaciones aquellos suministros que, por razones de defensa o de interés militar, resulte conveniente que se ejecuten por la Administración.
- Realización de servicios en colaboración con empresarios particulares. La realización de servicios en colaboración con empresarios particulares podrá llevarse a cabo siempre que su importe sea inferior a las cantidades establecidas en el artículo 16, y concurra alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior, en lo que sean de aplicación a estos contratos. Se exceptúan de estas limitaciones los servicios de la categoría 1 del anexo II cuando estén referidos al mantenimiento de bienes incluidos en el ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

Cuando la ejecución de las obras, la fabricación de los bienes muebles, o la realización de los servicios se efectúe en colaboración con empresarios particulares, los contratos que se celebren con éstos tendrán carácter administrativo especial, sin constituir contratos de obras, suministros o servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración. La selección del empresario colaborador se efectuará por los procedimientos de adjudicación establecidos en el artículo 138, salvo en el caso previsto



en la letra d) del apartado 1 de este artículo. En los supuestos de obras incluidas en las letras a) y b) del apartado 1, la contratación con colaboradores no podrá sobrepasar el 50 por 100 del importe total del proyecto.

La autorización de la ejecución de obras y de la fabricación de bienes muebles y, en su caso, la aprobación del proyecto, corresponderá al órgano competente para la aprobación del gasto o al órgano que determinen las disposiciones orgánicas de las comunidades autónomas, en su respectivo ámbito.

*- Entes, organismos y entidades del sector público considerados medios propios y servicios técnicos*

A los efectos previstos en los artículos 24 y 4.1.n) TRLCSP, los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

El ejemplo de medio propio y servicio técnico lo tenemos en la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima (TRAGSA) y sus filiales, con respecto a la Administración general del Estado, las comunidades autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas, de acuerdo con la disposición final 30ª TRLCSP).

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, el artículo 47 de la Ley de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia señala que "a los efectos previstos en el artículo 4.1.n) y 24.6 TRLCSP, todas las entidades instrumentales determinadas en el artículo 45 (organismos autónomos, agencias públicas autonómicas, entidades públicas empresariales, consorcios autonómicos, sociedades mercantiles públicas autonómicas, y fundaciones del sector público autonómico) tienen la consideración de medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los cuales realicen la parte esencial de su actividad cuando éstos ejerzan sobre aquéllos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que

ser de titularidad pública”.

## **2. LIBERTAD DE PACTOS Y CONTENIDO MÍNIMO DEL CONTRATO**

### *- Libertad de pactos*

De acuerdo con el artículo 25.1 TRLCSP, en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público (artículo 103.1 CE), al ordenamiento jurídico (principio de legalidad, incluyendo las prescripciones de la propia TRLCSP) y a los principios de buena administración (como la eficiencia).

Solo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante (artículo 25.2 TRLCSP).

### *- Contenido mínimo del contrato*

Señala el artículo 26.1 TRLCSP que, salvo que ya se encuentren recogidas en los pliegos, los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público deben incluir, necesariamente, las siguientes menciones:

- La identificación de las partes.
- La acreditación de la capacidad de los firmantes para suscribir el contrato.
- Definición del objeto del contrato.
- Referencia a la legislación aplicable al contrato.
- La enumeración de los documentos que integran el contrato. Si así se expresa en el contrato, esta enumeración podrá estar jerarquizada, ordenándose según el orden de prioridad acordado por las partes, en cuyo supuesto, y salvo caso de error manifiesto, el orden pactado se utilizará para determinar la prevalencia respectiva,

en caso de que existan contradicciones entre diversos documentos.

- El precio cierto, o el modo de determinarlo.
- La duración del contrato o las fechas estimadas para el comienzo de su ejecución y para su finalización, así como la de la prórroga o prórrogas, si estuviesen previstas.
- Las condiciones de recepción, entrega o admisión de las prestaciones.
- Las condiciones de pago.
- Los supuestos en que procede la resolución.
- El crédito presupuestario o el programa o rúbrica contable con cargo al que se abonará el precio, en su caso.
- La extensión objetiva y temporal del deber de confidencialidad que, en su caso, se imponga al contratista.

El documento contractual no podrá incluir estipulaciones que establezcan derechos y obligaciones para las partes distintos de los previstos en los pliegos, concretados, en su caso, en la forma que resulte de la proposición del adjudicatario, o de los precisados en el acto de adjudicación del contrato de acuerdo con lo actuado en el procedimiento, de no existir aquéllos (art. 26.2 TRLCSP).

### **3. PERFECCIÓN Y FORMA DEL CONTRATO**

- *Perfección de los contratos. Carácter formal de la contratación del sector público*

Según el artículo 27 TRLCSP, los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización. Los contratos subvencionados que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de esta ley, deban considerarse sujetos a regulación armonizada, se perfeccionarán de conformidad con la legislación por la que se rijan. Las partes deberán notificar su formalización al órgano que otorgó la subvención.

Salvo que se indique otra cosa en su clausulado, los contratos del sector público se

entenderán celebrados en el lugar donde se encuentre la sede del órgano de contratación.

Resaltando el carácter formal de los contratos del sector público, el artículo 28.1 TRLCSP señala que los entes, organismos y entidades del sector público no podrán contratar verbalmente, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 113.1, carácter de emergencia (es decir, en casos de acontecimientos catastróficos, grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional).

*- Formalización de los contratos celebrados por las Administraciones públicas*

Los contratos que celebren las administraciones públicas se formalizarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 156 (como principio general, en documento administrativo), sin perjuicio de lo señalado para los contratos menores en el artículo 111 (que señala que en estos contratos la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, salvo en los de obras, en los que se añade el presupuesto de las obras, y en ciertos casos, proyecto e informe de supervisión, como se verá en el tema siguiente).

*- Formalización de los contratos celebrados por el resto del sector público*

Los contratos que celebren otros entes, organismos y entidades del sector público, cuando sean susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40.1 deberán formalizarse en los plazos establecidos en el artículo 156.3.

#### **4. REMISIÓN DE INFORMACIÓN A EFECTOS ESTADÍSTICOS Y DE FISCALIZACIÓN**

*- Deber de remisión de contratos al Tribunal de Cuentas*

Señala el artículo 29 TRLCSP que, dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, deberá remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado aquél, acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que la cuantía del contrato exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesiones de obras públicas, gestión de servicios

públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado; de 450.000 euros, tratándose de suministros, y de 150.000 euros, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales.

Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos indicados.

Lo dispuesto en los dos apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de las facultades del Tribunal de Cuentas o, en su caso, de los correspondientes órganos de fiscalización externos de las comunidades autónomas para reclamar cuantos datos, documentos y antecedentes estime pertinentes con relación a los contratos de cualquier naturaleza y cuantía.

Las comunicaciones a que se refiere este artículo se efectuarán por el órgano de contratación en el ámbito de la Administración general del Estado y de los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de ella.

#### *- Datos estadísticos*

El artículo 30 TRLCSP señala que en el mismo plazo señalado en el artículo anterior (tres meses siguientes a la formalización del contrato) se remitirá por el órgano de contratación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado la información sobre los contratos que reglamentariamente se determine, a efectos del cumplimiento de la normativa internacional (esencialmente, normativa europea). Asimismo, se informará a la mencionada Junta de los casos de modificación, prórroga o variación del plazo, las variaciones de precio y el importe final de los contratos, la nulidad y la extinción normal o anormal de los mismos.

Las comunidades autónomas que cuenten con registros de contratos podrán dar cumplimiento a estas previsiones a través de la comunicación entre registros.

## **TEMA 23**

**PARTES DEL CONTRATO: ÓRGANO DE CONTRATACIÓN Y APTITUD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO. REGISTROS OFICIALES. OBJETO, PRECIO Y CUANTÍA DEL CONTRATO. GARANTÍAS EXIGIBLES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

## **TEMA 23. PARTES DEL CONTRATO: ÓRGANO DE CONTRATACIÓN Y APTITUD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO. REGISTROS OFICIALES. OBJETO, PRECIO Y CUANTÍA DEL CONTRATO. GARANTÍAS EXIGIBLES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO.**

### **I. PARTES DEL CONTRATO: ÓRGANO DE CONTRATACIÓN Y APTITUD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO**

#### **1. ÓRGANO DE CONTRATACIÓN**

##### *- Competencia para contratar*

Salvo en los contratos subvencionados del artículo 17 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y los de los concesionarios de obras públicas del artículo 241 TRLCSP, en el resto de los contratos regulados por el TRLCSP (que son los “contratos del sector público”), una de las partes contratantes ha de pertenecer al “sector público” definido en el artículo 3.1 TRLCSP, la cual dispondrá de al menos un órgano competente para contratar (llamado “órgano de contratación”).

De acuerdo con el artículo 51 TRLCSP, la representación de los entes, organismos y entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales (como un conselleiro) o colegiados (como el Pleno de un Ayuntamiento o las juntas de contratación) que, en virtud de norma legal o reglamentaria o disposición estatutaria, tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre.

Los órganos de contratación podrán delegar (se transmite el ejercicio de la competencia, no su titularidad) o desconcentrar (se transmite ejercicio y titularidad de la competencia) sus competencias y facultades en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de competencias, en el caso de que se trate de órganos administrativos (véanse los artículos 9 y 8.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público), o para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación (artículo 51.2 TRLCSP).

*- Órganos de contratación en la Administración del Estado*

En el ámbito estatal, el artículo 316.1 TRLCSP señala que los ministros y los secretarios de Estado son los órganos de contratación de la Administración general del Estado y, en consecuencia, están facultados para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de su competencia.

En los departamentos ministeriales en los que existan varios órganos de contratación, la competencia para celebrar los contratos de suministro y de servicios que afecten al ámbito de más de uno de ellos corresponderá al ministro, salvo en los casos en que la misma se atribuya a la Junta de Contratación.

Los presidentes o directores de los organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y demás entidades públicas estatales y los directores generales de las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social son los órganos de contratación de unos y otros, a falta de disposición específica sobre el particular, recogida en las correspondientes normas de creación o reguladoras del funcionamiento de esas entidades (artículo 291.2 TRLCSP).

Corresponde al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, a través del órgano que se determine en su estructura orgánica, las funciones de órgano de contratación del sistema estatal de contratación centralizada regulado en los artículos 206 y 207.

Según el artículo 316.4 TRLCSP, podrán constituirse juntas de contratación en los departamentos ministeriales y en los organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales y demás entidades de derecho público estatales, así como en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

En caso de constituirse, estas juntas de contratación actuarán como órganos de contratación (colegiados) en los contratos que fija el propio artículo (que son la mayoría), con los límites cuantitativos o referentes a las características de los contratos que determine el titular del departamento (así, el ministro –titular del departamento- podría imponer a la Junta de Contratación el límite de no poder adjudicar contratos de servicios, o de suministro, o bien que no pudiera adjudicar contratos que superen, por ejemplo, los 150.000 euros)

Los órganos de contratación de los departamentos ministeriales, organismos autónomos,



agencias estatales y entidades de derecho público estatales, así como los de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, necesitarán la autorización del Consejo de Ministros, previa a la aprobación del expediente, para celebrar contratos en los siguientes supuestos:

- Cuando el valor estimado del contrato, calculado conforme a lo señalado en el artículo 88, sea igual o superior a doce millones de euros.
- En los contratos de carácter plurianual, cuando se modifiquen los porcentajes o el número de anualidades legalmente previstos a los que se refiere el artículo 47 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre.
- Cuando el pago de los contratos se concierte mediante el sistema de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y el número de anualidades supere cuatro años.

En todos estos casos, el órgano de contratación no es el Consejo de Ministros. Éste se limita a autorizar, en su caso.

*- Órganos de contratación en la Comunidad Autónoma de Galicia*

En el ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, el artículo 34.10 de la Ley 1/1983, de 22 de febrero, de normas reguladoras de la Xunta y de su Presidencia, establece que los conselleiros son los competentes para firmar en nombre de la Xunta los contratos relativos a asuntos propios de su consellería.

Por su parte, el artículo 31.4.f) de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, señala que los delegados territoriales son competentes en su ámbito territorial para ser los órganos de contratación de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia en sus respectivos ámbitos competenciales, dentro de los créditos presupuestarios que se les asignen y de acuerdo con los límites y requisitos generales que se fijen por decreto de la Xunta. En todo caso, serán los titulares de la competencia para la celebración de contratos menores.

El artículo 62 de esa ley, por su parte, señala que los estatutos de la entidad pública instrumental (organismos autónomos, agencias públicas autonómicas, entidades públicas

empresariales y consorcios autonómicos) determinarán su órgano de contratación.

- *Órganos de contratación de las entidades locales*

Los órganos de contratación de las entidades locales vienen determinados en la disposición adicional segunda TRLCSP, en los términos siguientes:

- Corresponden a los Alcaldes de los municipios de régimen común y a los Presidentes de las Entidades locales las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada. Corresponde al Pleno las competencias como órgano de contratación respecto de los demás contratos que celebre la Entidad local.
- En los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias como órgano de contratación se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo.

En las Entidades locales será potestativa la constitución de Juntas de Contratación que actuarán como órganos de contratación en los contratos de obras que tengan por objeto trabajos de reparación simple, de conservación y de mantenimiento, en los contratos de suministro que se refieran a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso, y en los contratos de servicios cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios de la Entidad, o cuando superen este importe las acciones estén previstas en el presupuesto del ejercicio a que corresponda y se realicen de acuerdo con lo dispuesto en las bases de ejecución de éste.

Corresponde al Pleno acordar la constitución de las Juntas de Contratación y determinar su composición, debiendo formar parte de las mismas necesariamente el Secretario o el titular del órgano que tenga atribuida la función de asesoramiento jurídico de la

Corporación, y el Interventor de la misma. Los límites cuantitativos, que podrán ser inferiores a los señalados en el párrafo anterior, o los referentes a las características de los contratos en los que intervendrá la Junta de Contratación como órgano de contratación, se determinarán, en las entidades locales de régimen común, por el Pleno, a propuesta del Alcalde o del Presidente cuando sean, de acuerdo con el apartado 1, el órgano que tenga atribuida la competencia sobre dichos contratos, y por la Junta de Gobierno Local en los municipios de gran población.

Por último, en los municipios de población inferior a 5.000 habitantes existen las siguientes especialidades:

- Las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 204, mediante acuerdos al efecto.
- Asimismo podrán concertarse convenios de colaboración en virtud de los cuales se encomiende la gestión del procedimiento de contratación a las Diputaciones provinciales o a las Comunidades Autónomas de carácter uniprovincial.

*- Responsable del contrato*

Según el artículo 52 TRLCSP, los órganos de contratación podrán designar (su existencia no es obligatoria) un responsable del contrato, al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él.

En los contratos de obras, las facultades del responsable del contrato se entenderán sin perjuicio de las que corresponden al director facultativo, conforme lo dispuesto en el capítulo I del título II del libro IV.

*- Perfil de contratante*

Con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por esta ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se

decida voluntariamente, los órganos de contratación difundirán, a través de internet, su perfil de contratante (página web) (artículo 53)

La forma de acceso al perfil de contratante deberá especificarse:

- En las páginas web institucionales que mantengan los entes del sector público.
- En la plataforma de contratación del Estado.
- En los pliegos.
- En los anuncios de licitación.

El perfil de contratante podrá incluir cualesquiera datos e informaciones referentes a la actividad contractual del órgano de contratación, tales como los anuncios de información previa contemplados en el artículo 141, las licitaciones abiertas o en curso y la documentación relativa a las mismas, las contrataciones programadas, los contratos adjudicados, los procedimientos anulados, y cualquier otra información útil de tipo general, como puntos de contacto y medios de comunicación que pueden utilizarse para relacionarse con el órgano de contratación. En todo caso deberá publicarse en el perfil de contratante la adjudicación de los contratos.

El sistema informático que soporte el perfil de contratante deberá contar con un dispositivo que permita acreditar fehacientemente el momento de inicio de la difusión pública de la información que se incluya en el mismo.

La difusión a través del perfil de contratante de la información relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos surtirá los efectos previstos en el título I ("adjudicación de los contratos") del libro III.

## **2. APTITUD PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO**

### *- Condiciones generales de aptitud*

De acuerdo con el artículo 54 TRLCSP, sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras:

- Que tengan plena capacidad de obrar
- No estén incurso en una prohibición de contratar.
- Acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los

casos en que así lo exija esta ley, se encuentren debidamente clasificadas.

- Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.
- En los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17 de esta ley, el contratista deberá acreditar su solvencia y no podrá estar incurso en la prohibición de contratar a que se refiere la letra a del apartado 1 del artículo 60.

*- Empresas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea*

Tendrán capacidad para contratar con el sector público, en todo caso, las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación de que se trate (artículo 58).

Cuando la legislación del Estado en que se encuentren establecidas estas empresas exija una autorización especial (como la inscripción en un registro) o la pertenencia a una determinada organización (como un colegio profesional) para poder prestar en él el servicio de que se trate, deberán acreditar que cumplen este requisito.

Las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Unión Europea deberán justificar, mediante informe de la respectiva misión diplomática permanente española que se acompañará a la documentación que se presente, que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas (principio de reciprocidad) en la contratación con la Administración y con los entes, organismos o entidades del sector público asimilables a los enumerados en el artículo 3, en forma sustancialmente análoga (artículo 55 TRLCSP).

En los contratos sujetos a regulación armonizada se prescindirá del informe sobre reciprocidad en relación con las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio, que entró en vigor el 1 de enero de 1996.

Para celebrar contratos de obras será necesario, además:

- Que estas empresas tengan abierta sucursal en España, con designación de

apoderados o representantes para sus operaciones.

- Que estén inscritas en el Registro Mercantil.

- *Condiciones especiales de compatibilidad*

Sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la adjudicación de contratos a través de un procedimiento de diálogo competitivo, no podrán concurrir a las licitaciones empresas que hubieran participado en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, siempre que dicha participación pueda provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras (56.1 TRLCSP).

Los contratos que tengan por objeto la vigilancia, supervisión, control y dirección de la ejecución de obras e instalaciones no podrán adjudicarse a las mismas empresas adjudicatarias de los correspondientes contratos de obras, ni a las empresas a éstas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de comercio (artículo 56.2 TRLCSP).

- *Normas especiales sobre capacidad de las personas jurídicas*

Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios (artículo 57.1 TRLCSP).

Quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión. La constitución y, en su caso, la forma de la sociedad (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada...) deberá ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones, la correspondiente legislación específica (artículo 57.2 TRLCSP).

- *Uniones de Empresarios (UTE)*

Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor (artículo 59 TRLCSP).

Los empresarios que concurran agrupados en uniones temporales quedarán obligados solidariamente (cada uno de los miembros responde íntegramente de las deudas de la UTE, sin perjuicio de poder repercutir el tanto por ciento correspondiente de lo pagado a los otros miembros de la unión) y deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercer los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, sin perjuicio de la existencia de poderes mancomunados (deberán ponerse de acuerdo todos los miembros) que puedan otorgar para cobros y pagos de cuantía significativa.

A efectos de la licitación, los empresarios que deseen concurrir integrados en una unión temporal deberán indicar:

- Los nombres y circunstancias de los que la constituyan y la participación de cada uno.
- Que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarios del contrato.

La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción.

Para los casos en que sea exigible la clasificación y concurran en la unión empresarios nacionales, extranjeros que no sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea y extranjeros que sean nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, los que pertenezcan a los dos primeros grupos deberán acreditar su clasificación, y estos últimos su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.

#### *- Prohibiciones de contratar*

El artículo 60 TRLCSP contiene dos listas de prohibiciones de contratar, cuyos efectos se matizan el artículo 61 bis. Combinando ambos preceptos, nos encontramos con un primer grupo de circunstancias, todas contenidas en apartado 1 del artículo 60, que impiden a las personas afectadas contratar con cualquier ente del sector público:

- Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en

los negocios, tráfico de influencias, cohecho, prevaricación, fraudes, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

- Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; por infracción muy grave en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación; o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto.

- Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación



del concurso.

- No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

En relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el mismo cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas.

- Haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información que corresponda en materia de clasificación y la relativa a los registros de licitadores y empresas clasificadas, cuando la competencia para declarar la prohibición corresponda al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

- Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas

vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

- Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el incumplimiento a que se refiere el artículo 18.6 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado o en las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo.

Un segundo grupo de circunstancias, que aparecen en el primer inciso del artículo 60.1.e) y en el artículo 60.2 TRLCSP, en principio sólo impiden contratar en el ámbito del órgano de contratación competente para su declaración, aunque dicha prohibición se podrá extender al correspondiente sector público en el que se integre el órgano de contratación, en los términos previstos por el artículo 61 bis. Este último artículo añade que excepcionalmente, y siempre que previamente se hayan extendido al correspondiente sector público territorial, los efectos de estas prohibiciones de contratar se podrán extender al conjunto del sector público. Dicha extensión de efectos a todo el sector público se realizará por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, y a solicitud de la Comunidad Autónoma o Entidad Local correspondiente en los casos en que la prohibición de contratar provenga de tales ámbitos. Aquí se incluyen las siguientes circunstancias:

- Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere

el artículo 146 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia.

- Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 151 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.
- Haber dejado de formalizar el contrato, que ha sido adjudicado a su favor, en los plazos previstos en el artículo 156.3 por causa imputable al adjudicatario.
- Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 118, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.
- Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley.

Por último, en el caso especial de la prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (artículo 60.1.f) TRLCSP), los efectos de la prohibición se producirán respecto de las Administraciones Públicas que se establezcan en la resolución sancionadora que las impuso (artículo 61 bis.4).

Con carácter general, el apartado 3 del artículo 60 TRLCSP advierte que las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.

- *Solvencia*

Según el artículo 62 TRLCSP, para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que determine el órgano de contratación.

Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta ley.

Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato. Deberán estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

La DA 7ª TRLCSP establece que las agencias estatales, los organismos públicos de investigación y organismos similares de las comunidades autónomas no necesitarán estar clasificados ni acreditar su solvencia económica y financiera y la solvencia técnica para ser adjudicatarios de contratos del sector público. Estas entidades estarán igualmente exentas de constituir garantías, en los casos en que sean exigibles.

A esta excepción a la exigencia de solvencia se le suman las excepciones a la exigencia de clasificación que se verá más adelante.

El artículo 63 TRLCSP señala que para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas (por ejemplo un contrato mercantil), siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.

En los contratos de servicios y de obras, así como en los contratos de suministro que incluyan servicios o trabajos de colocación e instalación, podrá exigirse a las personas jurídicas que especifiquen, en la oferta o en la solicitud de participación, los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación (artículo 64.1 TRLCSP).

Señala el artículo 64.2 TRLCSP que los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que, además de acreditar su

solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.

*- Clasificación de las empresas*

En la actualidad, de acuerdo con el artículo 65.1 TRLCSP, la clasificación sólo se exige como requisito indispensable para contratar con las Administraciones públicas en los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros. En estos mismos casos, las entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán exigir una determinada clasificación a los licitadores para definir las condiciones de solvencia requeridas para celebrar el correspondiente contrato (artículo 65.5 TRLCSP).

La clasificación será exigible igualmente al cesionario de un contrato en el caso en que hubiese sido requerida al cedente (artículo 65.2 TRLCSP).

Se establecen las siguientes excepciones:

- Por Real Decreto podrá exceptuarse la necesidad de clasificación para determinados tipos de contratos de obras y de servicios (hay que entender sólo de obras) en los que este requisito sea exigible o acordar su exigencia para tipos de contratos de obras y servicios en los que no lo sea, teniendo en cuenta las circunstancias especiales concurrentes en los mismos (artículo 65.3 TRLCSP).
- Cuando no haya concurrido ninguna empresa clasificada en un procedimiento de adjudicación de un contrato para el que se requiera clasificación, el órgano de contratación podrá excluir la necesidad de cumplir este requisito en el siguiente procedimiento que se convoque para la adjudicación del mismo contrato, precisando en el pliego de cláusulas y en el anuncio, en su caso, los medios de acreditación de la solvencia que deban ser utilizados de entre los especificados en los artículos 75, 76 y 78 (artículo 65.4 TRLCSP).
- No será exigible la clasificación a los empresarios no españoles de Estados

miembros de la Unión Europea, ya concurran al contrato aisladamente o integrados en una unión, sin perjuicio de la obligación de acreditar su solvencia (artículo 66.1 TRLCSP).

- Excepcionalmente, cuando así sea conveniente para los intereses públicos, la contratación de la Administración General del Estado y los entes organismos y entidades de ella dependientes con personas que no estén clasificadas podrá ser autorizada por el Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, la autorización será otorgada por los órganos que éstas designen como competentes (artículo 66.2 TRLCSP).

Hay otros supuestos en que la clasificación es facultativa para el contratista, es decir, éste puede elegir entre acreditar su solvencia mediante su clasificación o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato:

- Contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros (artículo 65.1.a, párrafo segundo, TRLCSP).
- Contratos de servicios, siempre que el objeto del contrato esté incluido en el ámbito de clasificación de alguno de los grupos o subgrupos de clasificación vigentes, atendiendo para ello al código CPV del contrato (artículo 65.1.b) TRLCSP).

En los demás tipos de contratos, la clasificación no será exigible ni aplicable (artículo 65.1.c) TRLCSP).

De acuerdo con el artículo 67.1 TRLCSP, la clasificación de las empresas se hará en función de su solvencia, valorada conforme a lo establecido en los artículos 75, 76 y 78, y determinará los contratos a cuya adjudicación puedan concurrir u optar por razón de su objeto y de su cuantía.

La expresión de la cuantía se efectuará:

- Por referencia al valor íntegro del contrato, cuando la duración de éste sea igual o inferior a un año, y
- Por referencia al valor medio anual del mismo, cuando se trate de contratos de

duración superior.

Para proceder a la clasificación será necesario:

- Que el empresario acredite su personalidad y capacidad de obrar.
- Que se encuentra legalmente habilitado para realizar la correspondiente actividad, por disponer de las correspondientes autorizaciones o habilitaciones empresariales o profesionales y reunir los requisitos de colegiación o inscripción u otros semejantes que puedan ser necesarios.
- Que no está incurso en prohibiciones de contratar.

En el supuesto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, y a efectos de la valoración de su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, se podrá tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo a que se refiere el artículo 70.2 TRLCSP, los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos.

Se denegará la clasificación de aquellas empresas de las que, a la vista de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras afectadas por una prohibición de contratar.

A los efectos de valorar y apreciar la concurrencia del requisito de clasificación, respecto de los empresarios que concurran agrupados en el caso del artículo 59 TRLCSP, se atenderá, en la forma que reglamentariamente se determine, a las características acumuladas de cada uno de ellos, expresadas en sus respectivas clasificaciones. En todo caso, será necesario para proceder a esta acumulación que todas las empresas hayan obtenido previamente la clasificación como empresa de obras o de servicios, en relación con el contrato al que opten, sin perjuicio de lo establecido para los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea en el apartado 4 del artículo 48 TRLCSP.

En cuanto a la competencia para la clasificación, ha de estarse a lo estipulado en el artículo 68 TRLCSP.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, el Decreto 237/2007, de 5 de diciembre, vino a crear la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, cuyo artículo 2.4 le atribuye competencias para “acordar la clasificación y revisión de la clasificación para los contratos que celebren los órganos de contratación de la Comunidad Autónoma de Galicia, sus organismos autónomos y demás entidades públicas señaladas en el apartado anterior”, en los términos establecidos en el TRLCSP.

Los acuerdos relativos a la clasificación de las empresas se inscribirán de oficio en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda en función del órgano que los hubiese adoptado (artículo 69 TRLCSP) y tendrán una vigencia indefinida en tanto se mantengan por el empresario las condiciones y circunstancias en que se basó su concesión. No obstante, y sin perjuicio de la posibilidad de revisión o comprobación de los elementos de la clasificación, para la conservación de la clasificación deberá justificarse:

- Anualmente, el mantenimiento de la solvencia económica y financiera.
- Cada tres años, el de la solvencia técnica y profesional.

La clasificación será revisable a petición de los interesados o de oficio por la Administración en cuanto varíen las circunstancias tomadas en consideración para concederla.

## **II. REGISTROS OFICIALES**

### **1. REGISTROS DE CONTRATISTAS**

#### *- Disposiciones comunes*

De acuerdo con el artículo 328.1 TRLCSP, en los registros oficiales de contratistas podrán constar, para cada empresa inscrita en los mismos, los siguientes datos:

- Los correspondientes a su personalidad y capacidad de obrar, en el caso de personas jurídicas.
- Los relativos a la extensión de las facultades de los representantes o apoderados con capacidad para actuar en su nombre y obligarla contractualmente.
- Los referentes a las autorizaciones o habilitaciones profesionales y a los demás requisitos que resulten necesarios para actuar en su sector de actividad.



- Los datos relativos a la solvencia económica y financiera, que se reflejarán de forma independiente si el empresario carece de clasificación.
- La clasificación obtenida conforme a lo dispuesto en los artículos 65 a 71, así como cuantas incidencias se produzcan durante su vigencia; en esta inscripción, y como elemento desagregado de la clasificación, se indicará la solvencia económica y financiera del empresario.
- Las prohibiciones de contratar que les afecten.
- Cualesquiera otros datos de interés para la contratación pública que se determinen reglamentariamente.

En todo caso, se harán constar en el Registro, las prohibiciones de contratar a que se refiere el apartado 4 del artículo 61.

En cuanto al régimen de inscripción, añade el artículo 329 TRLCSP que, sin perjuicio de lo dispuesto en cuanto a la necesidad de inscribir la clasificación obtenida y las prohibiciones de contratar referenciadas en el artículo 61.4, la inscripción en los Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas es voluntaria para los empresarios, los cuales podrán determinar qué datos de entre los mencionados en el artículo anterior desean que se reflejen en ellos.

No obstante, la inscripción de la clasificación obtenida por el empresario requerirá la constancia en el Registro de las circunstancias mencionadas en las letras a) y c) del apartado 1 del artículo 328. De igual modo, la inscripción de los datos a que se refieren las letras b), c) y d) del mismo apartado no podrá hacerse sin que consten los que afectan a la personalidad y capacidad de obrar del empresario.

El artículo 330 TRLCSP obliga a los empresarios inscritos a poner en conocimiento del Registro cualquier variación que se produzca en los datos reflejados en el mismo, así como la superveniencia de cualquier circunstancia que determine la concurrencia de una prohibición de contratar. La omisión de esta comunicación, mediando dolo culpa o negligencia, hará incurrir al empresario en la circunstancia prevista en la letra e) del apartado 1 del artículo 60.

Por último, el artículo 331 TRLCSP establece que estos registros serán públicos para todos

los que tengan interés legítimo en conocer su contenido, remitiendo para el régimen de acceso al mismo al artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y a las normas que desarrollen o complementen este precepto, remisión que hoy se debe entender al capítulo III del título I de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. No obstante, el artículo 332 TRLCSP señala que el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado y los Registros Oficiales de Empresas Clasificadas de las Comunidades Autónomas, en el desarrollo de su actividad y en sus relaciones recíprocas, facilitarán a las otras Administraciones la información que éstas precisen sobre el contenido de los respectivos Registros.

*- Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado*

De acuerdo con el artículo 326.1 TRLCSP, el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado dependerá del Ministerio de Economía y Hacienda, y su llevanza corresponderá a los órganos de apoyo técnico de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

En este registro se harán constar los datos relativos a la capacidad de los empresarios que hayan sido clasificados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, así como aquéllos otros que hayan solicitado la inscripción de alguno de los datos mencionados en las letras a) a d) del apartado 1 del artículo 328.

*- Registro General de Contratistas de la Comunidad Autónoma de Galicia*

El artículo 327 TRLCSP señala que las Comunidades Autónomas podrán crear sus propios Registros Oficiales de licitadores y empresas clasificadas, en los que se inscribirán las condiciones de aptitud de los empresarios que así lo soliciten, que hayan sido clasificados por ellas, o que hayan incurrido en alguna prohibición de contratar cuya declaración corresponda a las mismas o a las Entidades Locales incluidas en su ámbito territorial.

Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que opten por no llevar su propio Registro independiente de licitadores y empresas clasificadas practicarán en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público las inscripciones de oficio de las prohibiciones de contratar a las que se refiere el apartado anterior. Podrán practicar igualmente en dicho Registro las demás inscripciones indicadas en el citado apartado cuando se refieran a empresarios domiciliados en su ámbito territorial y así les

sea solicitado por el interesado.

La práctica de inscripciones en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas exigirá la previa suscripción de un convenio a tal efecto con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Tanto las inscripciones practicadas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público por las Comunidades Autónomas en virtud de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 de este artículo como las practicadas por los órganos de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado tendrán, sin distinción alguna, los mismos efectos acreditativos y eficacia plena frente a todos los órganos de contratación del Sector Público.

En la Comunidad Autónoma de Galicia, el Decreto 262/2001, de 20 de septiembre, por el que se refunde la normativa reguladora del Registro General de Contratistas, perfila a este registro como un instrumento auxiliar de la contratación administrativa, con el objeto de facilitar la concurrencia de licitadores y agilizar la tramitación de los procedimientos de contratación pública.

En el registro podrán inscribirse todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que pretendan concurrir a las licitaciones que convoque la Administración autonómica a través de sus consellerías, organismos, entidades y empresas, referidas a contratos de obra, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios y, en general, cualquier otro de naturaleza administrativa, de conformidad con lo establecido en la legislación de contratos.

La inscripción en el registro es voluntaria, por lo que no impedirá concurrir a las licitaciones, adjuntando todos los documentos exigidos en los pliegos de cláusulas que rijan la contratación, a los contratistas no inscritos. No obstante, la inscripción será obligatoria para los contratistas que deseen acogerse al régimen de fianzas (garantías) globales.

## **2. REGISTROS DE CONTRATOS**

### *- El Registro de Contratos del Sector Público*

De acuerdo con el artículo 331.1 TRLCSP, el Ministerio de Economía y Hacienda creará y mantendrá un Registro de Contratos, en el que se inscribirán los datos básicos de los contratos adjudicados por las distintas administraciones públicas y demás entidades del sector público sujetos a esta ley. El Registro de Contratos del Sector Público constituye el sistema oficial central de información sobre la contratación pública en España y, como tal, cumple importantes finalidades previstas en el apartado 2 de este artículo.

Los órganos de contratación de todas las administraciones públicas y demás entidades del sector público comunicarán al Registro, para su inscripción, los datos básicos de los contratos adjudicados, así como, en su caso, sus modificaciones, prórrogas, variaciones de plazos o de precio, su importe final y extinción. Las comunicaciones se efectuarán por medios electrónicos, informáticos o telemáticos. El apartado 6 señala que en los casos de administraciones públicas que dispongan de registros de contratos análogos, la comunicación de datos podrá ser sustituida por comunicaciones entre los respectivos registros de contratos.

El Registro facilitará el acceso a sus datos de modo telemático a los órganos de la Administración que los precisen para el ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas y, en particular, a los órganos competentes en materia de fiscalización del gasto o inspección de tributos. Asimismo, facilitará el acceso público a los datos que no tengan el carácter de confidenciales. Al objeto de garantizar la identificación única y precisa de cada contrato, las administraciones y entidades comunicantes asignarán a cada uno de ellos un código identificador.

El Gobierno elevará anualmente a las Cortes Generales un informe sobre la contratación pública en España, a partir de los datos y análisis proporcionados por el Registro de Contratos del Sector Público.

### *- El Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Galicia*

El Decreto autonómico 198/1995, de 16 de marzo, crea el Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Galicia, que tiene por objeto la inscripción de todos los contratos administrativos, así como la anotación de las incidencias que origine su cumplimiento,

celebrados por la Administración de la Comunidad Autónoma y por sus organismos autónomos y sociedades públicas autonómicas.

### **III. OBJETO, PRECIO Y CUANTÍA DEL CONTRATO**

#### **1. OBJETO**

El artículo 86.1 TRLCSP señala que el objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado.

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 así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

Asimismo, podrán contratarse separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, tal y como ésta es definida en el artículo 6, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación.

En los casos previstos en los párrafos anteriores, las normas procedimentales y de publicidad que deben aplicarse en la adjudicación de cada lote o prestación diferenciada se determinarán en función del valor acumulado del conjunto, salvo lo dispuesto en los artículos 14.2, 15.2 y 16.2.

#### **2. PRECIO**

En cuanto al precio, el artículo 87.1 TRLCSP dispone que en los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que el TRLCSP u otras leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al

precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso, se indicará, como partida independiente, el importe del impuesto sobre el valor añadido que deba soportar la Administración.

Los precios fijados en el contrato podrán ser revisados o actualizados, en los términos previstos en el capítulo II del título III TRLCSP, si se trata de contratos de las administraciones públicas, o en la forma pactada en el contrato, en otro caso, cuando deban ser ajustados, al alza o a la baja, para tener en cuenta las variaciones económicas que se produzcan durante la ejecución del contrato.

Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, así como penalizaciones por incumplimiento de cláusulas contractuales, debiendo determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación.

Excepcionalmente pueden celebrarse contratos con precios provisionales cuando, tras la tramitación de un procedimiento negociado o de un diálogo competitivo, se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto.

En los contratos celebrados con precios provisionales el precio se determinará, dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

- El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes

efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.

- Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.
- Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción.

En los contratos podrá preverse que la totalidad o parte del precio sea satisfecho en moneda distinta del euro. En este supuesto se expresará en la correspondiente divisa el importe que deba satisfacerse en esa moneda, y se incluirá una estimación en euros del importe total del contrato.

Se prohíbe el pago aplazado del precio en los contratos de las administraciones públicas, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o de arrendamiento con opción de compra, así como en los casos en que ésta u otra ley lo autorice expresamente.

### **3. CUANTÍA DEL CONTRATO**

El artículo 88 TRLCSP parte señala que a todos los efectos previstos en el propio TRLCSP ley, el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el impuesto sobre el valor añadido.

En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato. Cuando se haya previsto abonar primas o efectuar pagos a los candidatos o licitadores, la cuantía de los mismos se tendrá en cuenta en el cálculo del valor estimado del contrato.

La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.

En los apartados siguientes del precepto se establecen reglas especiales para el cálculo del valor estimado según el tipo contractual, obras, servicios y suministros.

### **4. REVISIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

De acuerdo con el artículo 89.1 TRLCSP, los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en

el capítulo II del título III del propio TRLCSP.

No cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el real decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley 2/2015, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el real decreto anteriormente citado.

No se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el real decreto.

En los supuestos en que proceda, el órgano de contratación podrá establecer el derecho a revisión periódica y predeterminada de precios y fijará la fórmula de revisión que deba aplicarse, atendiendo a la naturaleza de cada contrato y la estructura y evolución de los costes de las prestaciones del mismo.

El pliego de cláusulas administrativas particulares o el contrato deberán detallar, en tales casos, la fórmula de revisión aplicable, que será invariable durante la vigencia del contrato y determinará la revisión de precios en cada fecha respecto a la fecha de adjudicación del contrato, siempre que la adjudicación se produzca en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo de presentación de ofertas, o respecto a la fecha en que termine dicho plazo de tres meses si la adjudicación se produce con posterioridad.

Cuando proceda, la revisión periódica y predeterminada de precios en los contratos del



sector público tendrá lugar, en los términos establecidos en el capítulo II del título III TRLCSP, cuando el contrato se hubiese ejecutado, al menos, en el 20 por 100 de su importe y hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. En consecuencia el primer 20 por 100 ejecutado y los dos primeros años transcurridos desde la formalización quedarán excluidos de la revisión.

No obstante, en los contratos de gestión de servicios públicos, la revisión de precios podrá tener lugar transcurridos dos años desde la formalización del contrato, sin que sea necesario haber ejecutado el 20 por 100 de la prestación.

#### **IV. GARANTÍAS EXIGIBLES EN LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO**

##### **1. GARANTÍA PROVISIONAL**

Establece el artículo 103 TRLCSP que, en atención a las circunstancias concurrentes en cada contrato, los órganos de contratación de las Administraciones públicas podrán exigir a los licitadores la constitución de una garantía que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación del mismo. Para el licitador que resulte adjudicatario, la garantía provisional responderá también del cumplimiento de las obligaciones que le impone el segundo párrafo del artículo 151.2.

Cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional, deberá justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato.

En cuanto al importe de la garantía provisional, señala el apartado 2 del artículo 103 que se determinará en los pliegos de cláusulas administrativas, sin que pueda ser superior a un 3 por 100 del presupuesto del contrato, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, así como el régimen de su devolución.

La garantía provisional se extinguirá automáticamente y será devuelta a los licitadores inmediatamente después de la adjudicación del contrato. En todo caso, la garantía será retenida al licitador cuya proposición hubiera sido seleccionada para la adjudicación hasta que proceda a la constitución de la garantía definitiva, e incautada a las empresas que retiren injustificadamente su proposición antes de la adjudicación.

El adjudicatario podrá aplicar el importe de la garantía provisional a la definitiva o proceder a una nueva constitución de esta última, en cuyo caso la garantía provisional se

cancelará simultáneamente a la constitución de la definitiva.

## **2. GARANTÍA DEFINITIVA**

De acuerdo con el artículo 95.1 TRLCSP, los que presenten las ofertas económicamente más ventajosas en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del importe de adjudicación, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. En el caso de los contratos con precios provisionales a que se refiere el artículo 87.5, el porcentaje se calculará con referencia al precio máximo fijado.

No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía, justificándolo adecuadamente en los pliegos, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio. Esta exención no será posible en el caso de contratos de obras y de concesión de obras públicas.

En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas que, además de la garantía a que se refiere el apartado anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 por 100 del importe de adjudicación del contrato, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del precio del contrato.

De acuerdo con el artículo 100 TRLCSP, la garantía definitiva responderá de los siguientes conceptos:

- De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 212.
- De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.
- De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.
- Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la

inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

Añade el artículo 102.1 TRLCSP que la garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate, o hasta que se declare la resolución de éste sin culpa del contratista.

Aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no resultaren responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución.

El acuerdo de devolución deberá adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía. Transcurrido el mismo, la Administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta la fecha de la devolución de la garantía, si ésta no se hubiera hecho efectiva por causa imputable a la Administración.

En el supuesto de recepción parcial sólo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

En los casos de cesión de contratos no se procederá a la devolución o cancelación de la garantía prestada por el cedente hasta que se halle formalmente constituida la del cesionario.

Transcurrido un año desde la fecha de terminación del contrato, sin que la recepción formal y la liquidación hubiesen tenido lugar por causas no imputables al contratista, se procederá, sin más demora, a la devolución o cancelación de las garantías una vez depuradas las responsabilidades a que se refiere el artículo 100.

Cuando el importe del contrato sea inferior a 1.000.000 de euros, si se trata de contratos de obras, o a 100.000 euros, en el caso de otros contratos, o cuando las empresas licitadoras reúnan los requisitos de pequeña o mediana empresa, definida según lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 800/2008, de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado

común en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado y no estén controladas directa o indirectamente por otra empresa que no cumpla tales requisitos, el plazo se reducirá a seis meses.

### **3. GARANTÍA GLOBAL**

Como alternativa a la prestación de una garantía singular para cada contrato, el artículo 98 TRLCSP permite a los empresarios constituir una garantía global para afianzar las responsabilidades que puedan derivarse de la ejecución de todos los que celebre con una Administración Pública, o con uno o varios órganos de contratación.

Esta garantía global responderá, genérica y permanentemente, del cumplimiento por el adjudicatario de las obligaciones derivadas de los contratos cubiertos por la misma hasta el 5 por 100, o porcentaje mayor que proceda, del importe de adjudicación o del presupuesto base de licitación, cuando el precio se determine en función de precios unitarios, sin perjuicio de que la indemnización de daños y perjuicios a favor de la Administración que, en su caso, pueda ser procedente, se haga efectiva sobre el resto de la garantía global.

A efectos de la afectación de la garantía global a un contrato concreto, la caja o establecimiento donde se hubiese constituido emitirá, a petición de los interesados, una certificación acreditativa de su existencia y suficiencia, en un plazo máximo de tres días hábiles desde la presentación de la solicitud en tal sentido, procediendo a inmovilizar el importe de la garantía a constituir, que se liberará cuando quede cancelada la garantía.

### **4. GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR ENTES QUE NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

El artículo 104.1 TRLCSP indica que en los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de Administraciones Públicas, los órganos de contratación podrán exigir la prestación de una garantía a los licitadores o candidatos, para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta la adjudicación y, en su caso, formalización del contrato o al adjudicatario, para asegurar la correcta ejecución de la prestación.

El importe de la garantía, que podrá presentarse en alguna de las formas previstas en el artículo 96, así como el régimen de su devolución o cancelación serán establecidos por el

órgano de contratación, atendidas las circunstancias y características del contrato.

## **TEMA 24**

# **PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: NORMAS GENERALES. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

## **TEMA 24. PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: NORMAS GENERALES. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**

### **I. PREPARACIÓN DE CONTRATOS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: NORMAS GENERALES**

#### **1. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN**

##### *- Necesidad del expediente*

La “vida” de un contrato consta de cuatro fases, que son las de preparación, adjudicación, efectos (también llamada “ejecución”) y extinción. En este tema se estudian las normas generales de las dos primeras fases (preparación y adjudicación), y en el tema siguiente, las dos últimas (efectos y extinción).

La fase de preparación de los contratos coincide con la tramitación de un procedimiento administrativo denominado “expediente de contratación”.

A este respecto, el artículo 109.1 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) señala que “la celebración de contratos por parte de las administraciones públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente”.

El expediente de contratación comprende las actuaciones a través de las cuales la Administración forma su voluntad contractual mediante la elaboración y aprobación de un conjunto de actos administrativos, de manera que, como principio general, no puede haber contrato sin que previamente se haya tramitado dicho expediente, excepto en la tramitación de emergencia (Informe JCCA 31/2005, de 29 de junio).

El expediente de contratación se iniciará (de oficio) por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 TRLCSP (ya examinado).

El expediente deberá referirse a la totalidad del objeto del contrato, sin perjuicio de su eventual división en lotes (artículo 86.3 TRLCSP), a efectos de la licitación y adjudicación.

*- Contenido del expediente*

Al expediente se incorporarán:

- El pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato (de los que se hablará más adelante). En el caso de que el procedimiento elegido para adjudicar el contrato sea el de diálogo competitivo, los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas serán sustituidos por el documento descriptivo a que hace referencia el artículo 181.1.
- El certificado de existencia de crédito (comprobación de la existencia de una partida de dinero del presupuesto que pueda dedicarse al contrato) o documento que legalmente le sustituya.
- La fiscalización previa de la intervención, en su caso, en los términos previstos en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria.
- Justificación adecuada de la elección del procedimiento (abierto, restringido, negociado...) y de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato (precio, plazos de entrega, rentabilidad...).

*- Resolución del expediente*

De acuerdo con el artículo 110.1 TRLCSP, "completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo". Además de concluir el expediente de contratación, esa misma resolución motivada también supone:

- La apertura del procedimiento de adjudicación, con el que se da inicio a la segunda fase de la vida del contrato, es decir, a la fase de adjudicación.
- Asimismo, implica, como principio general, la aprobación del gasto, con lo que la partida correspondiente del presupuesto quedará vinculada al contrato. Este gasto aprobado recibe el nombre de "presupuesto base de licitación" o "presupuesto del contrato".



Los expedientes de contratación podrán concluirse (incluso con la adjudicación y formalización del correspondiente contrato) aun cuando su ejecución (ya se realice en una o en varias anualidades) deba iniciarse en el ejercicio siguiente.

A estos efectos podrán comprometerse créditos con las limitaciones que se determinen en las normas presupuestarias de las distintas administraciones públicas sujetas a esta ley.

Esta previsión del artículo 110.2 TRLCSP viene a significar que en los presupuestos del año en que se adjudica o formaliza no es necesario que exista partida presupuestaria específica destinada al pago del contrato, pues mientras no haya ejecución no surgirá la obligación de pago.

#### *- Expediente en los contratos menores*

De acuerdo con el artículo 111 TRLCSP, en los contratos menores, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta ley establezcan. En el contrato menor de obras deberá añadirse, además: el presupuesto de las obras, el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran, el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 (comprobación de que el proyecto se acomoda a las normas técnicas relacionadas con las obras: anchura mínima de pasillos, altura mínima de techos, salidas de emergencia...) cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra”.

#### *- Tramitación urgente del expediente*

A la tramitación urgente del expediente se refiere el artículo 112, que señala 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.

Los expedientes calificados de urgentes se tramitarán siguiendo el mismo procedimiento que los ordinarios, con las siguientes especialidades:

- Los expedientes gozarán de preferencia para su despacho por los distintos órganos que intervengan en la tramitación, que dispondrán de un plazo de cinco días para emitir los respectivos informes o cumplimentar los trámites correspondientes.

Cuando la complejidad del expediente o cualquier otra causa igualmente justificada impida cumplir el plazo antes indicado, los órganos que deban evacuar el trámite lo pondrán en conocimiento del órgano de contratación que hubiese declarado la urgencia. En tal caso, el plazo quedará prorrogado hasta diez días.

- Acordada la apertura del procedimiento de adjudicación, los plazos establecidos en esta ley para la licitación, adjudicación y formalización del contrato se reducirán a la mitad, salvo el plazo de quince días hábiles establecido en el párrafo primero del artículo 156.3 como período de espera antes de la formalización del contrato.

No obstante, cuando se trate de procedimientos relativos a contratos sujetos a regulación armonizada, esta reducción no afectará a los plazos establecidos en los artículos 158 y 159 para la facilitación de información a los licitadores y la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto. En los procedimientos restringidos y en los negociados en los que, conforme a lo previsto en el artículo 177.1, proceda la publicación de un anuncio de la licitación, el plazo para la presentación de solicitudes de participación podrá reducirse hasta quince días, contados desde el envío del anuncio de licitación, o hasta diez, si este envío se efectúa por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, y el plazo para facilitar la información suplementaria a que se refiere el artículo 166.4 se reducirá a cuatro días. En el procedimiento restringido, el plazo para la presentación de proposiciones previsto en el artículo 167.1 podrá reducirse hasta diez días a partir de la fecha del envío de la invitación para presentar ofertas.

- El plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización. Si se excediese este plazo, el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista y así se hiciera constar en la

correspondiente resolución motivada.

*- Tramitación de emergencia*

Junto a la tramitación de urgencia, cabe seguir la tramitación de emergencia, de acuerdo con el artículo 113 TRLCSP, “cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional”.

El órgano de contratación, sin obligación de tramitar expediente administrativo, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. Además, podrá adjudicar el contrato incluso verbalmente.

No se dará el recurso especial en materia de contratación en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia (artículo 40.4 TRLCSP), con lo que, en su caso, cabrá la interposición del recurso administrativo de reposición y/o el recurso contencioso-administrativo.

## **2. PLIEGOS DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS Y DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS**

Los pliegos de cláusulas administrativas son los documentos que recogen los derechos y obligaciones, pactos y condiciones que pormenoriza el vínculo jurídico nacido del contrato.

Por su parte, los pliegos de prescripciones técnicas son instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales deberá ejecutarse la prestación por parte del contratista (características de los materiales a emplear, procedencia de los mismos, medidas de seguridad y salud...).

*- Pliegos de Cláusulas Administrativas Generales*

Los pliegos de cláusulas administrativas generales (PCAG) son documentos cuya existencia el artículo 114 TRLCSP prevé con carácter potestativo, por lo que no existen para todo tipo de contratos.

Determinan, sin contravenir la normativa de contratos, las condiciones jurídicas, económicas y administrativas de un tipo de contrato determinado.

En el ámbito estatal, el órgano competente para su aprobación es el Consejo de Ministros, a iniciativa de los ministerios interesados, a propuesta del ministro de Economía y Hacienda, y previo dictamen del Consejo de Estado.

Cuando se trate de pliegos generales para la adquisición de bienes y servicios relacionados con las tecnologías para la información (como la compra de ordenadores), la propuesta al Consejo de Ministros corresponderá conjuntamente al ministro de Economía y Hacienda y al ministro de Administraciones Públicas.

El TRLCSP, en su artículo 114.3, establece la posibilidad de que comunidades autónomas y entidades integrantes de la Administración local puedan aprobarlos, de acuerdo con sus normas específicas, previo dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva, si lo hubiera.

#### *- Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares*

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) los aprueba el órgano de contratación y, de acuerdo con el artículo 115 TRLCSP, incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por el TRLCSP y sus normas de desarrollo, sin contravenirlos.

A diferencia de los anteriores, su existencia es obligatoria (incluso para los contratos privados, y con independencia del tipo de procedimiento seguido –abierto, restringido, negociado...-), so pena de nulidad del contrato, salvo en los siguientes casos: en los contratos menores, en los contratos de emergencia, en los contratos celebrados en el extranjero, en los contratos de colaboración entre el sector público y privado (en este caso, los pliegos se sustituyen por un documento descriptivo del contrato).

El artículo 115.5 TRLCSP, de carácter no básico, establece que “la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado deberá informar con carácter previo todos los pliegos particulares en que se proponga la inclusión de estipulaciones contrarias a los correspondientes pliegos generales”.

Existe la posibilidad, de acuerdo con el artículo 115.4 TRLCSP, de que el órgano de contratación apruebe modelos de pliegos particulares para determinadas categorías de contratos de naturaleza análoga (como, por ejemplo, para suministros adjudicados por procedimiento abierto o restringido, o para contratos de gestión de servicios públicos por concierto mediante procedimiento abierto o restringido, como se ha hecho en la Junta de Andalucía).

La doctrina es unánime al señalar que los PCAP no tienen carácter normativo (ni siquiera los modelos tipo, que son sólo documentos de trabajo interno).

*- Pliegos de prescripciones técnicas*

Los pliegos de prescripciones técnicas generales (PPTG) también son, igual que los PCAG, documentos de carácter potestativo.

Su aprobación corresponde, en el ámbito estatal, al Consejo de Ministros, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (a diferencia de los PCAG, en los que el TRLCSP no exige este informe y sí el dictamen del Consejo de Estado), a propuesta del ministro correspondiente (artículo 116.2 TRLCSP).

No existe un artículo similar al 114.3 TRLCSP, examinado con anterioridad, que atribuya competencia a las comunidades autónomas y entidades integrantes de la Administración local, pero al carecer de carácter básico el artículo 100.2 TRLCSP, la regulación específica autonómica podría preverlo.

Los pliegos de prescripciones técnicas (PPT), igual que los PCAP, los aprueba el órgano de contratación “con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o, de no existir ésta, antes de su adjudicación” (artículo 116.1 TRLCSP).

Su contenido viene desarrollado en el artículo 68 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

El artículo 117 TRLCSP indica que las prescripciones técnicas se definirán, en la medida de

lo posible:

- Teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, tal como son definidos estos términos en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y
- Siempre que el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, aplicando criterios de sostenibilidad y protección ambiental, de acuerdo con las definiciones y principios regulados en los artículos 3 y 4, respectivamente, de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación.

De no ser posible definir las prescripciones técnicas teniendo en cuenta criterios de accesibilidad universal y de diseño para todos, deberá motivarse suficientemente esta circunstancia.

Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.

Sin perjuicio de las instrucciones y reglamentos técnicos nacionales que sean obligatorios, siempre y cuando sean compatibles con el derecho comunitario, las prescripciones técnicas podrán definirse de alguna de las siguientes formas:

- Haciendo referencia, de acuerdo con el siguiente orden de prelación, a especificaciones técnicas contenidas en normas nacionales que incorporen normas europeas, a documentos de idoneidad técnica europeos, a especificaciones técnicas comunes, a normas internacionales, a otros sistemas de referencias técnicas elaborados por los organismos europeos de normalización o, en su defecto, a normas nacionales, a documentos de idoneidad técnica nacionales o a especificaciones técnicas nacionales en materia de proyecto, cálculo y realización de obras y de puesta en funcionamiento de productos, acompañando cada referencia de la mención "o equivalente".
- En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, incorporando a estas

últimas, cuando el objeto del contrato afecte o pueda afectar al medio ambiente, la contemplación de características medioambientales. Los parámetros empleados deben ser suficientemente precisos como para permitir la determinación del objeto del contrato por los licitadores y la adjudicación del mismo a los órganos de contratación.

- En términos de rendimiento o de exigencias funcionales, conforme a lo indicado en la letra b), haciendo referencia, como medio de presunción de conformidad con los mismos, a las especificaciones citadas en la letra a).
- Haciendo referencia a las especificaciones técnicas mencionadas en la letra a), para ciertas características, y al rendimiento o a las exigencias funcionales mencionados en la letra b), para otras.

Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos (artículo 117.8).

*- Condiciones especiales de ejecución del contrato*

Señala el artículo 118 TRLCSP que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en el pliego o en el contrato.

Merecen especial consideración de las condiciones de ámbito medioambiental o social y su finalidad.

Estas condiciones de ejecución podrán referirse, en especial, a consideraciones de tipo medioambiental (como el suministro de bienes en recipientes reutilizables) o a consideraciones de tipo social (como el compromiso de contratación de un determinado porcentaje de mujeres, tendente a la eliminación de desigualdades entre el hombre y la mujer en el mercado laboral).

*- Información sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales*

El órgano de contratación podrá señalar en el pliego el organismo u organismos de los que los candidatos o licitadores puedan obtener la información pertinente sobre estas obligaciones, que serán aplicables a los trabajos efectuados en la obra o a los servicios prestados durante la ejecución del contrato.

El órgano de contratación que facilite esta información solicitará a los licitadores o a los candidatos en un procedimiento de adjudicación de contratos que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en materia de protección del empleo, condiciones de trabajo y prevención de riesgos laborales, y protección del medio ambiente, lo que no obstará la aplicación de lo dispuesto en el artículo 152 TRLCSP (que se verá posteriormente) sobre verificación de las ofertas que incluyan valores anormales o desproporcionados (artículo 119 TRLCSP).

*- Información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo*

En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales (como sería el caso en que un nuevo contratista pasa a hacerse cargo de la gestión de una cafetería de la Administración, pero asumiendo todos los trabajadores –camareros, cocineros, personal de limpieza...- del contratista anterior), el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos (sueldo, jornada laboral...) de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste (artículo 120 TRLCSP).



## **II. ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**

### **1. NORMAS GENERALES**

#### *- Procedimientos de adjudicación*

Tal como hemos visto anteriormente, la resolución por la que se aprueba el expediente de contratación supone el inicio del procedimiento de adjudicación, con lo que comienza la segunda fase de la vida del contrato.

Los apartados 2 a 4 del artículo 138 TRLCSP señalan que la adjudicación se realizará:

- Ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido.
- En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175 TRLCSP (casos, por tanto, tasados), ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado.
- En los casos previstos en el artículo 180 (casos también tasados) podrá recurrirse al diálogo competitivo.
- Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 11 (ya examinadas).

Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

- En los concursos de proyectos se seguirá el procedimiento regulado en la sección VI de este capítulo.

#### *- Principios rectores*

Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario

y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia (artículo 139 TRLCSP).

Según el artículo 140, los órganos de contratación no podrán divulgar la información facilitada por los empresarios que éstos hayan designado como confidencial.

Este carácter afecta, en particular, a los secretos técnicos o comerciales, y aspectos confidenciales de las ofertas.

Esta regla se entiende sin perjuicio de las disposiciones del TRLCSP relativas a la publicidad de la adjudicación y a la información que debe darse a los candidatos y a los licitadores.

Señala el artículo 140.2 TRLCSP que el contratista deberá respetar el carácter confidencial de aquella información:

- A la que tenga acceso con ocasión de la ejecución del contrato a la que se le hubiese dado el referido carácter en los pliegos o en el contrato.
- Que por su propia naturaleza deba ser tratada como tal.

Este deber se mantendrá durante un plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos o el contrato establezcan un plazo mayor.

*- Publicidad*

Los órganos de contratación podrán publicar (no es obligatorio) un anuncio de información previa con el fin de dar a conocer, en relación con los contratos de obras, suministros y servicios que tengan proyectado adjudicar en los doce meses siguientes, los siguientes datos:

- En el caso de los contratos de obras, las características esenciales de aquellos cuyo valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros.
- En el caso de los contratos de suministro, su valor total estimado, desglosado por grupos de productos referidos a partidas del Vocabulario común de los contratos públicos (CPV), cuando ese valor total sea igual o superior a 750.000 euros.

- En el caso de los contratos de servicios, el valor total estimado para cada categoría de las comprendidas en los números 1 a 16 del anexo II, cuando ese valor total sea igual o superior a 750.000 euros.

Los anuncios se publicarán, opcionalmente, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* o en el perfil de contratante del órgano de contratación.

En el caso de que la publicación vaya a efectuarse en el perfil de contratante del órgano de contratación, éste deberá comunicarlo previamente a la Comisión Europea y al *Boletín Oficial del Estado* por medios electrónicos, con arreglo al formato y a las modalidades de transmisión que se establezcan. En el anuncio previo se indicará la fecha en que se haya enviado esta comunicación.

Los anuncios se enviarán a la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas o se publicarán en el perfil de contratante lo antes posible, una vez tomada la decisión por la que se autorice el programa en el que se contemple la celebración de los correspondientes contratos, en el caso de los de obras, o una vez iniciado el ejercicio presupuestario, en los restantes.

La publicación del anuncio previo cumpliendo con las condiciones establecidas en los artículos 159.1 y 167.1 TRLCSP permitirá reducir los plazos para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos y restringidos en la forma que en esos preceptos se determina.

De acuerdo con el artículo 142.1 TRLCSP, los procedimientos para la adjudicación de contratos de las administraciones públicas, a excepción de los negociados que se sigan en casos distintos de los contemplados en los apartados 1 y 2 del artículo 177 (es decir, a excepción de los negociados sin publicidad), deberán anunciarse en el *Boletín Oficial del Estado* (el modelo del anuncio se encuentra en el anexo VII del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). No obstante, cuando se trate de contratos de las comunidades autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, se podrá sustituir la publicidad en el *Boletín Oficial del Estado* por la que se realice en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada (contratos SARA), la licitación deberá publicarse, además, en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el *Boletín Oficial del Estado* (por lo que en estos casos el anuncio se enviará primero al DOUE y, posteriormente, se publicará en el BOE).

Cuando el órgano de contratación lo estime conveniente, los procedimientos para la adjudicación de contratos de obras, suministros o servicios no sujetos a regulación armonizada podrán ser anunciados, además, en el DOUE.

El envío del anuncio (no su publicación efectiva) al DOUE deberá preceder a cualquier otra publicidad. Los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines deberán indicar la fecha de aquel envío, de la que el órgano de contratación dejará prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio.

Los anuncios de licitación se publicarán, asimismo, en el perfil de contratante del órgano de contratación (página web del órgano de contratación).

En los procedimientos negociados seguidos en los casos previstos en el artículo 177.2, esta publicidad podrá sustituir a la que debe efectuarse en el *Boletín Oficial del Estado* o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales.

#### *- Solicitudes de participación y proposiciones de los licitadores*

De acuerdo con el artículo 143 TRLCSP, los órganos de contratación fijarán los plazos de recepción de las ofertas y solicitudes de participación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquéllas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en esta ley si el expediente de contratación ha sido declarado de tramitación urgente, los plazos establecidos en este capítulo se reducirán en la forma prevista en la letra b) del apartado 2 del artículo 112 (artículo 144).

El artículo 146.1 TRLCSP establece que las proposiciones (en el procedimiento abierto) y las solicitudes de participación (en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo) deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:

- Los que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación.
- Los que acrediten la clasificación de la empresa, en su caso, o justifiquen los requisitos de su solvencia económica, financiera y técnica o profesional.
- Una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar.
- En su caso, una dirección de correo electrónico en que efectuar las notificaciones.
- Para las empresas extranjeras, en los casos en que el contrato vaya a ejecutarse en España, la declaración de someterse a la jurisdicción de los juzgados y tribunales españoles de cualquier orden, para todas las incidencias que de modo directo o indirecto pudieran surgir del contrato, con renuncia, en su caso, al fuero jurisdiccional extranjero que pudiera corresponder al licitante.

Cuando con arreglo al TRLCSP sea necesaria la presentación de otros documentos se indicará esta circunstancia en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y en el correspondiente anuncio de licitación.

Sin embargo, matiza el apartado 4 del artículo 146 que el órgano de contratación, si lo estima conveniente, podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que la aportación inicial de la documentación establecida en el apartado 1 se sustituya por una declaración responsable del licitador indicando que cumple las condiciones establecidas legalmente para contratar con la Administración. En tal caso, el licitador a cuyo favor recaiga la propuesta de adjudicación, deberá acreditar ante el órgano de contratación, previamente a la adjudicación del contrato, la posesión y validez de los documentos exigidos. En todo caso bastará con esta declaración responsable en los contratos de obras con valor estimado inferior a 1.000.000 euros y de suministros y servicios con valor estimado inferior a 90.000 euros.

En todo caso el órgano de contratación, en orden a garantizar el buen fin del procedimiento, podrá recabar, en cualquier momento anterior a la adopción de la propuesta de adjudicación, que los licitadores aporten documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones establecidas para ser adjudicatario del contrato.

En cuanto a las proposiciones de los interesados, son las ofertas presentadas por los interesados.

De acuerdo con el artículo 145 TRLCSP, deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.

Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública (es decir, el momento de la apertura de las ofertas, que se realiza en un día, hora y lugar determinados), sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo, como se verá más adelante.

El acto por el cual los interesados presentan sus ofertas ("proposiciones") se llama "licitar", de ahí que los interesados que presentan sus ofertas reciban el nombre de "licitadores".

Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del impuesto sobre el valor añadido que deba ser repercutido.

De acuerdo con el artículo 147 TRLCSP, cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan los licitadores, siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio

de licitación del contrato, precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

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

#### *- Subasta electrónica*

La ley regula también la llamada subasta electrónica a efectos de la adjudicación del contrato en su artículo 148. Consiste en un proceso que, tras una primera evaluación completa de las ofertas, permite posteriormente la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto (como los plazos de entrega). Se realiza a través de un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos, es decir, según se mejoren los precios o los plazos de entrega, vía internet, las ofertas van variando automáticamente a través de unas fórmulas matemáticas.

La subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos y en los negociados que se sigan en el caso previsto en el artículo 170 a), siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual. No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato.

La subasta electrónica se basará en variaciones referidas al precio o a valores de los elementos de la oferta que sean cuantificables y susceptibles de ser expresados en cifras o porcentajes (como el precio o los plazos de entrega).

En cuanto a la sucesión en el procedimiento, el artículo 149 dispone que "si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la adjudicación se produjese la extinción de la

personalidad jurídica de una empresa licitadora o candidata por fusión, escisión o por la transmisión de su patrimonio empresarial, le sucederá en su posición en el procedimiento las sociedades absorbentes, las resultantes de la fusión, las beneficiarias de la escisión o las adquirentes del patrimonio o de la correspondiente rama de actividad, siempre que cumpla estos dos requisitos:

- Reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibiciones de contratar.
- acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.

## **2. SELECCIÓN DEL ADJUDICATARIO Y ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO**

### *- Criterios de valoración de las ofertas*

En cuanto a la selección del adjudicatario, el artículo 150 TRLCSP señala que, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes.

Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo.

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo (que sustituye a los pliegos en



el diálogo competitivo).

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquéllos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos (como el precio o los plazos de entrega).

Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor (como las características estéticas o funcionales), deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas (los objetivos) se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia (los subjetivos), dejándose constancia documental de ello.

La valoración de más de un criterio (estaríamos ante un “concurso”, de acuerdo con la nomenclatura de la anterior normativa) procederá, en particular, en la adjudicación de los siguientes contratos:

- Aquellos cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente y deban ser presentados por los licitadores.
- Cuando el órgano de contratación considere que la definición de la prestación es susceptible de ser mejorada por otras soluciones técnicas, a proponer por los licitadores mediante la presentación de variantes, o por reducciones en su plazo de ejecución.
- Aquellos para cuya ejecución facilite el órgano, organismo o entidad contratante materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por

parte de los contratistas.

- Aquellos que requieran el empleo de tecnología especialmente avanzada o cuya ejecución sea particularmente compleja.
- Contratos de gestión de servicios públicos.
- Contratos de suministros, salvo que los productos a adquirir estén perfectamente definidos por estar normalizados y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo, por consiguiente, el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- Contratos de servicios, salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo, por consiguiente, el precio el único factor determinante de la adjudicación.
- Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos.

Cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos (puntuación que se puede conseguir por precio, plazos de entrega, posibilidad de repuestos, etc.), que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada (por ejemplo, por plazos de entrega se podrán conseguir entre 0 y 10 puntos, indicando qué puntuación corresponde a los distintos plazos posibles).

Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

Los criterios elegidos y su ponderación se indicarán en el anuncio de licitación, en caso de

que deba publicarse.

Los pliegos o el contrato podrán (no es obligatorio):

- Establecer penalidades, conforme a lo prevenido en el artículo 212.1 TRLCSP, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación que afecten a características de la misma que se hayan tenido en cuenta para definir los criterios de adjudicación.
- Atribuir a la puntual observancia de estas características el carácter de obligación contractual esencial a los efectos señalados en el artículo 223.f (causa de resolución).

*- Clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación*

Respecto a la clasificación de las ofertas, adjudicación del contrato y notificación de la adjudicación, de acuerdo con el artículo 151 TRLCSP, el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo 153 TRLCSP.

Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo.

El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles (ampliable por las normas autonómicas, sin que se exceda el de veinte días hábiles), a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa:

- De hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello,
- De disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar

o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2.

- De haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.

Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos. Las normas autonómicas de desarrollo de esta ley podrán fijar un plazo mayor al previsto en este párrafo, sin que se exceda el de veinte días hábiles.

De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

El órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación. En los procedimientos negociados y de diálogo competitivo, la adjudicación concretará y fijará los términos definitivos del contrato.

No podrá declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación, con el contenido mínimo establecido en el artículo 151.4 TRLCSP.

Será de aplicación a la motivación de la adjudicación la excepción de confidencialidad contenida en el artículo 153 TRLCSP.

En todo caso, en la notificación y en el perfil de contratante se indicará el plazo en que debe procederse a su formalización conforme al artículo 156.3.

La notificación se hará por cualquiera de los medios que permiten dejar constancia de su recepción por el destinatario. En particular, podrá efectuarse por correo electrónico a la dirección que los licitadores o candidatos hubiesen designado al presentar sus proposiciones, en los términos establecidos en el artículo 28 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Sin embargo, el plazo para considerar rechazada la notificación, con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, será de cinco días (no de diez).

*- Ofertas con valores anormales o desproporcionados*

Según el artículo 152 TRLCSP, cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.

Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrán expresarse (no es obligatorio) en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados (por ejemplo, plazos de entrega tan breves que resulte imposible su ejecución, de acuerdo con el estado de la técnica). Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse (de nuevo, no es obligatorio) en el pliego (no en el reglamento) los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.

Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en

el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado. En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechace una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.

Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior.

*- Obligaciones de información sobre el resultado del procedimiento*

De acuerdo con el artículo 153 TRLCSP, el órgano de contratación podrá no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación:

- Cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que la divulgación de esa información puede obstaculizar la aplicación de una norma (como la normativa de protección de datos), resultar contraria al interés público o perjudicar intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas o la competencia leal entre ellas.
- Cuando se trate de contratos declarados secretos o reservados o cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente.
- Cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado y así se haya declarado de conformidad con lo previsto en el artículo 13.2.d)

TRLCSP.

De acuerdo con el artículo 154 TRLCSP, la formalización de los contratos cuya cuantía sea igual o superior a las cantidades indicadas en el artículo 138.3 (es decir, que no sean contratos menores) se publicará en el perfil de contratante del órgano de contratación indicando, como mínimo, los mismos datos mencionados en el anuncio de la adjudicación.

Cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a 100.000 euros o, en el caso de contratos de gestión de servicios públicos, cuando el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea igual o superior a dicho importe o su plazo de duración exceda de cinco años, deberá publicarse, además, en el *Boletín Oficial del Estado* o en los respectivos diarios o boletines oficiales de las comunidades autónomas o de las provincias, un anuncio en el que se dé cuenta de dicha formalización, en un plazo no superior a cuarenta y ocho días a contar desde la fecha de la misma.

Cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada el anuncio deberá enviarse, en el plazo señalado en el párrafo anterior, al *Diario Oficial de la Unión Europea* y publicarse en el *Boletín Oficial del Estado*.

En el caso de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II y de cuantía igual o superior a 209.000 euros, el órgano de contratación comunicará la adjudicación a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación.

En los casos a que se refiere el artículo anterior, el órgano de contratación podrá no publicar determinada información relativa a la adjudicación y formalización del contrato, justificándolo debidamente en el expediente.

*- Renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración*

En relación a la renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración, señala el artículo 155 TRLCSP que en el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de

esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

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

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

El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.

#### *- Formalización del contrato*

De acuerdo con el artículo 156 TRLCSP, los contratos que celebren las administraciones públicas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público. No obstante, el contratista podrá solicitar que el contrato se eleve a escritura pública, corriendo de su cargo los correspondientes gastos. En ningún caso se podrán incluir en el documento en que se formalice el contrato cláusulas que impliquen alteración de los términos de la adjudicación. En el caso de los contratos menores definidos en el artículo 122.3 se estará, en cuanto a su formalización, a lo dispuesto en el artículo 111.

Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 40.1, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y



candidatos. Las comunidades autónomas podrán incrementar este plazo, sin que exceda de un mes.

El órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, una vez transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior sin que se hubiera interpuesto recurso que lleve aparejada la suspensión de la formalización del contrato. De igual forma procederá cuando el órgano competente para la resolución del recurso hubiera levantado la suspensión.

En los restantes casos, la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos en la forma prevista en el artículo 151.4.

Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido.

Si las causas de la no formalización fueren imputables a la Administración, se indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar.

No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización, excepto en los casos previstos en el artículo 113 de esta ley.

### **3. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN**

*- El procedimiento abierto (artículos 157 a 161 TRLCSP)*

En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores.

En este procedimiento, los licitadores presentarán proposiciones en los plazos del artículo 159 TRLCSP.

El órgano competente para la valoración de las proposiciones, generalmente la llamada “mesa de contratación”, calificará la documentación presentada en el sobre A, y procederá

posteriormente (en el plazo máximo de un mes contado desde la fecha de finalización del plazo para presentar las ofertas) a la apertura y examen de las proposiciones (sobres B y C), formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, para que éste, posteriormente, adjudique el contrato.

Cuando el único criterio a considerar para seleccionar al adjudicatario del contrato sea el del precio (antigua "subasta"), la adjudicación deberá recaer en el plazo máximo de quince días a contar desde el siguiente al de apertura de las proposiciones.

Cuando para la adjudicación del contrato deban tenerse en cuenta una pluralidad de criterios (antiguo "concurso"), el plazo máximo para efectuar la adjudicación será de dos meses a contar desde la apertura de las proposiciones, salvo que se hubiese establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Los plazos indicados en los apartados anteriores se ampliarán en quince días hábiles cuando sea necesario seguir los trámites a que se refiere el artículo 152.3, por encontrarnos ante proposiciones desproporcionadas o anormales.

De no producirse la adjudicación dentro de los plazos señalados, los licitadores tendrán derecho a retirar su proposición.

*- El procedimiento restringido (artículos 162 a 168 TRLCSP)*

En el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.

Los interesados deberán presentar solicitudes de participación en los plazos establecidos en el artículo 164 TRLCSP.

El órgano de contratación, una vez comprobada la personalidad y solvencia de los solicitantes, seleccionará a los que deban pasar a la siguiente fase, a los que invitará, simultáneamente y por escrito, a presentar sus proposiciones en el plazo que proceda conforme a lo señalado en el artículo 167 TRLCSP.

El número de candidatos invitados a presentar proposiciones deberá ser igual, al menos, al mínimo que, en su caso, se hubiese fijado previamente. Cuando el número de candidatos que cumplan los criterios de selección sea inferior a ese número mínimo, el órgano de contratación podrá continuar el procedimiento con los que reúnan las condiciones exigidas, sin que pueda invitarse a empresarios que no hayan solicitado participar en el mismo, o a candidatos que no posean esas condiciones.

En la adjudicación del contrato será de aplicación lo previsto en los artículos 160 y 161, salvo lo que se refiere a la necesidad de calificar previamente la documentación a que se refiere el artículo 146.

*- Procedimiento negociado (artículos 169 a 178 TRLCSP)*

En el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.

El procedimiento negociado será objeto de publicidad previa en los casos previstos en el artículo 177, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el cumplimiento de lo previsto en el artículo 178.1.

Mientras el órgano de contratación puede elegir entre procedimiento abierto o restringido, el negociado sólo puede seguirlo en los casos establecidos en los artículos 170 a 175 TRLCSP.

Cuando se acuda al procedimiento negociado por concurrir las circunstancias previstas en las letras a) y b) del artículo 170, en la letra a) del artículo 171 o en la letra a) del artículo 174, el órgano de contratación deberá publicar un anuncio de licitación en la forma prevista en el artículo 142.

Podrá prescindirse de la publicación del anuncio cuando se acuda al procedimiento negociado por haberse presentado ofertas irregulares o inaceptables en los procedimientos antecedentes, siempre que en la negociación se incluya a todos los

licitadores que en el procedimiento abierto o restringido, o en el procedimiento de diálogo competitivo seguido con anterioridad hubiesen presentado ofertas conformes con los requisitos formales exigidos, y sólo a ellos.

*- Diálogo competitivo (artículos 179 a 183 TRLCSP)*

En el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta.

El diálogo competitivo podrá utilizarse en el caso de contratos particularmente complejos cuando el órgano de contratación considere que el uso del procedimiento abierto o el del restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato.

Los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a que se refiere el artículo 11 se adjudicarán por este procedimiento, sin perjuicio de que pueda seguirse el procedimiento negociado con publicidad en el caso previsto en el artículo 170.a).

Se sigue el procedimiento establecido en los artículos 181 a 183 TRLCSP para el procedimiento restringido, con la excepción de que, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a tres.

El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo.

*- Concursos de proyectos (artículos 184 a 188)*

Son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y

el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado.

Su principal característica es la existencia del jurado, formado por personas físicas independientes de los participantes en el concurso de proyectos, y que tendrá autonomía de decisión o de dictamen.

En lo no previsto, el concurso de los proyectos se regirá por las disposiciones reguladoras de la contratación de servicios (régimen subsidiario).

## **TEMA 25**

**EFFECTOS DE LOS CONTRATOS. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN. EJECUCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS. EXTINCIÓN. CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN. RÉGIMEN DE INVALIDEZ Y RECURSOS.**

## **TEMA 25. EFECTOS DE LOS CONTRATOS. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN. EJECUCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS. EXTINCIÓN. CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN. RÉGIMEN DE INVALIDEZ Y RECURSOS.**

### **I. EFECTOS DE LOS CONTRATOS**

El artículo 208 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), establece que “los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el artículo 19.2 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares”.

Según el artículo 209 del TRLCSP, “los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las administraciones públicas”.

### **II. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN**

Las prerrogativas o privilegios establecidos por la legislación en favor de las administraciones públicas en los contratos administrativos (no en los privados) son una manifestación de la potestad general de autotutela de la que gozan en atención a su papel protector del interés público (artículo 103.1 de la Constitución).

El artículo 210 del TRLCSP hace una enumeración de las prerrogativas de la Administración al señalar que dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público y acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

Para ejercer estas prerrogativas es necesaria la tramitación de un procedimiento administrativo, cuyas peculiaridades vienen reguladas en el artículo 211 del TRLCSP, el cual señala que:

- En los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista.
- En la Administración general del Estado, sus organismos autónomos, entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del servicio jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 99 (constitución, reposición y reajuste de garantías) y 213 (resolución por demora).
- No obstante lo anterior, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva (Consejo Consultivo de Galicia) en los casos de:
  - Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.
  - Modificaciones del contrato, cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10% del precio primitivo del contrato, cuando éste sea igual o superior a 6.000.000 de euros.

Los acuerdos que adopte el órgano de contratación pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. Sin embargo, el contratista tiene la posibilidad de impugnarlos en vía administrativa o judicial, en caso de disconformidad.

### **III. EJECUCIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS**

#### **1. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS**

##### *- Ejecución defectuosa y demora*

De acuerdo con el artículo 212 del TRLCSP, los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato que se hubiesen establecido conforme a los artículos



64.2 y 118.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato.

El contratista está obligado a cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para la realización del mismo, así como de los plazos parciales señalados para su ejecución sucesiva.

La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración.

Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato.

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.

El artículo 213 regula la resolución por demora y prórroga de los contratos, señalando que en el supuesto a que se refiere el artículo anterior, si la Administración optase por la resolución ésta deberá acordarse por el órgano de contratación o por aquel que tenga atribuida esta competencia en las comunidades autónomas, sin otro trámite preceptivo que la audiencia del contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva.

Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y éste ofreciera cumplir sus compromisos dándole prórroga del tiempo que se le había señalado, se concederá por la Administración un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

*- Daños y perjuicios causados a terceros*

Señala el artículo 214 del TRLCSP que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes.

También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

Los terceros (por ejemplo, el propietario de un coche sobre el que ha caído una grúa del contratista) podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del

hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes (Administración o contratista) corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.

La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.

#### *- Principio de riesgo y ventura*

De acuerdo con el artículo 215 del TRLCSP, “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231 y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”.

El principio de riesgo y ventura viene a establecer la obligación del contratista de asumir el resultado económico del contrato, de tal manera que si una mala elección de trabajadores provoca retrasos injustificados, o si en su oferta redujo tanto el precio que al final comprueba que el contrato no le ha reportado beneficios (o que incluso le ha acarreado pérdidas), no podrá exigir por ello indemnización alguna a la Administración, la cuál no garantiza en ningún modo un beneficio económico para el contratista.

No respetar este principio supondría un fraude a las garantías presentes en la fase de adjudicación del contrato, iría en contra de la seguridad jurídica y ocasionaría una lesión notable de los intereses de la Hacienda pública, por lo que cualquier excepción debe estar muy justificada.

#### *- Pago del precio*

La Administración tiene la obligación de pago al contratista y, así, el artículo 216 del TRLCSP dispone que el contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta ley y en el contrato, con arreglo al precio convenido.

El pago del precio podrá hacerse de manera total (es la excepción) o parcial (es la regla) mediante abonos a cuenta (anticipos que no suponen visto bueno de lo ejecutado por el

contratista) o, en el caso de contratos de tracto sucesivo (como un arrendamiento), mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado (por ejemplo, mensualidades).

El contratista tendrá también derecho a percibir abonos a cuenta (como se ha dicho, anticipos de la Administración al contratista) por el importe de las operaciones preparatorias de la ejecución del contrato y que estén comprendidas en el objeto del mismo, en las condiciones señaladas en los respectivos pliegos, debiéndose asegurar los referidos pagos mediante la prestación de garantía.

La Administración tendrá la obligación de abonar el precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato, sin perjuicio del plazo especial establecido en el artículo 222.4

Cuando no proceda la expedición de certificación de obra y la fecha de recibo de la factura o solicitud de pago equivalente se preste a duda o sea anterior a la recepción de las mercancías o a la prestación de los servicios, el plazo de treinta días se contará desde dicha fecha de recepción o prestación (artículo 200.4 del TRLCSP).

Si la Administración se demora, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de treinta días, los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista podrá proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta ley.

Si la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendrá derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen.

Sin perjuicio de lo establecido en las normas tributarias y de la Seguridad Social, los abonos a cuenta que procedan por la ejecución del contrato, sólo podrán ser embargados en los siguientes supuestos:

- Para el pago de los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato y de las cuotas sociales derivadas de los mismos.
- Para el pago de las obligaciones contraídas por el contratista con los subcontratistas y suministradores referidas a la ejecución del contrato.

Las comunidades autónomas podrán reducir los plazos de treinta días, cuatro meses y seis meses establecidos en los apartados 4, 5 y 6 de este artículo.

Según el artículo 217, transcurrido el plazo a que se refiere el artículo 216.4 del TRLCSP, los contratistas podrán reclamar por escrito a la Administración contratante el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si, transcurrido el plazo de un mes, la Administración no hubiera contestado, se entenderá reconocido el vencimiento del plazo de pago (silencio positivo) y los interesados podrán formular recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda. El órgano judicial adoptará la medida cautelar, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última. La sentencia condenará en costas a la Administración demandada en el caso de estimación total de la pretensión de cobro.

Por último, el artículo 218 regula la transmisión de los derechos de cobro, señalando que los contratistas que, conforme al artículo anterior, tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a derecho.

Para que la cesión del derecho de cobro sea efectiva frente a la Administración, será requisito imprescindible la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión.

La eficacia de las segundas y sucesivas cesiones de los derechos de cobro cedidos por el contratista quedará condicionada al cumplimiento de lo dispuesto en el número anterior.

Una vez que la Administración tenga conocimiento del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario. Antes de que la cesión se ponga en conocimiento de la Administración, los mandamientos de pago a nombre del contratista o del cedente surtirán efectos liberatorios.

## **2. MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS**

La potestad de modificación del contrato (*ius variandi*) es una de las prerrogativas de la Administración mencionada en el artículo 210 del TRLCSP.

El artículo 219 establece que los contratos administrativos sólo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211. En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas. Además, las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 156.

Según el artículo 105, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107. En cualesquiera otros supuestos, si fuese necesario que la prestación se ejecutase en forma distinta a la pactada, inicialmente deberá procederse a la resolución del contrato en vigor y a la celebración de otro bajo las condiciones pertinentes. Este nuevo contrato deberá adjudicarse de acuerdo con lo previsto en el libro III.

La modificación del contrato no podrá realizarse con el fin de 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.

En estos supuestos, deberá procederse a una nueva contratación de la prestación correspondiente en la que podrá aplicarse el régimen establecido para la adjudicación de contratos complementarios si concurren las circunstancias previstas en los artículos 171.b) y 174.b).

Los contratos del sector público podrán modificarse siempre que en los pliegos o en el anuncio de licitación se haya advertido expresamente de esta posibilidad y se hayan detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y los límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello (artículo 106).

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 circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 107.

La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria (artículo 107.2)

De acuerdo con el artículo 108, en el caso previsto en el artículo 106 las modificaciones contractuales se acordarán en la forma que se hubiese especificado en el anuncio o en los pliegos.

En estos casos, antes de proceder a la modificación del contrato, deberá darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

Lo dispuesto en los dos apartados anteriores se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 211 del TRLCSP para el caso de modificaciones que afecten a contratos administrativos.

El artículo 220 del TRLCSP hace alusión a la prerrogativa de suspensión de los contratos administrativos por la Administración (que parte de la doctrina considera una modalidad del ius variandi), al establecer, en su apartado uno, que "si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquélla tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el

artículo 216, se levantará un acta en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél. Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste”.

#### **IV. EXTINCIÓN**

Tal como indica el artículo 221 del TRLCSP, “los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución”. A estos dos supuestos la doctrina añade la extinción por invalidez del contrato.

##### **1. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR EL CONTRATISTA**

Conforme al artículo 222 del TRLCSP, el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación.

En todo caso, su constatación exigirá por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características. A la Intervención de la Administración correspondiente le será comunicado, cuando ello sea preceptivo, la fecha y lugar del acto, para su eventual asistencia en ejercicio de sus funciones de comprobación de la inversión.

En los contratos se fijará un plazo de garantía a contar de la fecha de recepción o conformidad, transcurrido el cual sin objeciones por parte de la Administración, salvo los supuestos en que se establezca otro plazo en esta ley (como en el caso de vicios ocultos en el contrato de obras, que será de 15 años a contar desde la recepción,) o en otras normas, quedará extinguida la responsabilidad del contratista. Se exceptúan del plazo de garantía aquellos contratos en que por su naturaleza o características no resulte necesario (como los sondeos o prospecciones que hayan resultado infructuosos o los dragados), lo que deberá justificarse debidamente en el expediente de contratación, consignándolo expresamente en el pliego.



Excepto en los contratos de obras, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 235 del TRLCSP, dentro del plazo de un mes, a contar desde la fecha del acta de recepción o conformidad, deberá acordarse y ser notificada al contratista la liquidación correspondiente del contrato y abonársele, en su caso, el saldo resultante (con lo que la liquidación viene a suponer “zanjar las cuentas” entre Administración y contratista). No obstante, si la Administración Pública recibe la factura con posterioridad a la fecha en que tiene lugar dicha recepción, el plazo de treinta días se contará desde que el contratista presente la citada factura en el registro correspondiente.

Si se produjera demora en el pago del saldo de liquidación, el contratista tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

## **2. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS**

### *- Causas*

De acuerdo con el artículo 223 del TRLCSP, son causas de resolución del contrato:

- La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 85.
- La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
- El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
- La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112.
- La demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior al establecido en el apartado 6 del artículo 216 o el inferior que se hubiese fijado al amparo de su apartado 8.

- El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.
- La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.
- Las establecidas expresamente en el contrato.
- Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en esta ley.

*- Aplicación de las causas de resolución*

Según el artículo 224, la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que se establezca en las normas de desarrollo de la ley.

La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, darán siempre lugar a la resolución del contrato.

En los restantes casos, la resolución podrá instarse por aquella parte a la que no le sea imputable la circunstancia que diere lugar a la misma, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 (que señala que el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en la del TRLCSP).

Cuando la causa de resolución sea la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores.

La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

En caso de declaración de concurso y mientras no se haya producido la apertura de la fase

de liquidación (que supone ya la enajenación de los bienes en pago de las deudas del concursado), la Administración potestativamente continuará el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución.

En el supuesto de demora a que se refiere la letra e) del artículo anterior, si las penalidades a que diere lugar la demora en el cumplimiento del plazo alcanzasen un múltiplo del 5% del importe del contrato, se estará a lo dispuesto en el artículo 212.5 (el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades).

El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquél sólo en los casos previstos en la TRLCSP (como la demora en el pago por plazo superior a ocho meses, artículo 200.6 del TRLCSP).

#### *- Efectos de la resolución*

El artículo 225 regula los efectos de la resolución señalando que, cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo válidamente estipulado por las mismas.

El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados.

La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada.

Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223 (imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato),

el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

## **V. CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN**

### **1. CESIÓN DE LOS CONTRATOS**

Según el artículo 226 del TRLCSP, los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato (como en el caso en que se hubiese contratado a un científico por sus vastos conocimientos en una determinada materia) y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.

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

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

El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que

corresponderían al cedente (pasa a ocupar la posición del cedente en todos sus derechos y obligaciones, por ejemplo, en sus derechos de cobro frente a la Administración).

## **2. SUBCONTRATACIÓN**

De acuerdo con el artículo 227 del TRLCSP, el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial (no total, pues en ese caso estaríamos ante una cesión) de la prestación, salvo que el contrato o los pliegos dispongan lo contrario o que por su naturaleza y condiciones se deduzca que aquél ha de ser ejecutado directamente por el adjudicatario.

Podría ser ejemplo de subcontratación la que hiciese una empresa constructora de una autopista con respecto a los jardines de las medianas, que podrían ser subcontratados a una empresa de jardinería.

Los requisitos de la subcontratación pueden resumirse en los siguientes puntos:

- En todo caso, el adjudicatario deberá comunicar anticipadamente y por escrito a la Administración la intención de celebrar los subcontratos (por tanto, como criterio general, no se requiere autorización del órgano de contratación, a diferencia de la cesión del contrato).
- Sin embargo, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa del órgano de contratación (excepción al criterio general) en los contratos de carácter secreto o reservado, o en aquéllos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.
- No se podrá subcontratar más del 60% del importe de adjudicación, salvo que el pliego lo permita.
- Si así se prevé en los pliegos o en el anuncio de licitación, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que

se vaya a encomendar su realización. En caso de alteración de estos datos, como principio general, deberá notificarse dicha circunstancia y esperar al transcurso de un plazo de 20 días (naturales) antes de celebrar los subcontratos.

Podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50% del importe del subcontrato:

- La infracción de las condiciones para proceder a la subcontratación.
- La falta de acreditación:
  - De la aptitud del subcontratista
  - O de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia o de las que hacen urgente la subcontratación (en su caso).

Los subcontratistas quedarán obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato (incluida la parte realizada por los subcontratistas) frente a la Administración, con arreglo estricto a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y a los términos del contrato.

En ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con el ordenamiento jurídico o comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 60 del TRLCSP (prohibiciones para contratar).

El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo con la legislación laboral.

Los órganos de contratación podrán imponer al contratista, advirtiéndolo en el anuncio o en los pliegos, la subcontratación con terceros no vinculados al mismo de determinadas partes de la prestación que no excedan en su conjunto del 50% del importe del presupuesto del contrato, cuando gocen de una sustantividad propia dentro del conjunto que las haga susceptibles de ejecución separada (por ejemplo, la construcción de un túnel por el que pasará la carretera adjudicada), por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación profesional o poder atribuirse su realización a

empresas con una clasificación adecuada para realizarla.

Las obligaciones impuestas conforme a lo previsto en el párrafo anterior se considerarán condiciones especiales de ejecución del contrato a los efectos previstos en los artículos 212.1 (penalidades) y 223.f).

### **3. PAGOS A SUBCONTRATISTAS Y SUMINISTRADORES**

El artículo 228 del TRLCSP señala que el contratista (adjudicatario) debe obligarse a abonar a los subcontratistas o suministradores (como, por ejemplo, los suministradores de materiales para una obra) el precio pactado en plazos que no podrán ser más desfavorables que los previstos en el artículo 216.4 (30 días) para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda.

La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. Dentro del mismo plazo deberán formularse, en su caso, los motivos de disconformidad a la misma.

El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado de conformidad con lo previsto en el apartado 2. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y a la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

El contratista podrá pactar con los suministradores y subcontratistas plazos de pago superiores a los establecidos en el presente artículo, respetando los límites previstos en el artículo 4.3 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, siempre que dicho pacto no constituya una cláusula abusiva de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y que el pago se instrumente mediante un documento negociable que lleve aparejada la acción cambiaria, cuyos gastos de descuento o negociación corran en su integridad de cuenta del contratista. Adicionalmente, el suministrador o subcontratista podrá exigir que el pago se garantice mediante aval.

Por último y según el artículo 228.1 bis, “las administraciones públicas y demás entes públicos contratantes podrán comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos públicos, calificados como tales en el artículo 5, han de hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en los mismos”.

## **VI. RÉGIMEN DE INVALIDEZ Y RECURSOS**

### **1. RÉGIMEN DE INVALIDEZ**

#### *- Supuestos de invalidez*

De acuerdo con el artículo 31 del TRLCSP, además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su clausulado, los contratos de las administraciones públicas y los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17, serán inválidos (nulos o anulables) cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes.

#### *- Causas de invalidez de Derecho administrativo*

Conforme el artículo 32 del TRLCSP, son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes:

- Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (ahora la remisión debe entenderse realizada al artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas).
- La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60.
- La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes administraciones públicas sujetas a esta ley, salvo los supuestos de emergencia.



- Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las administraciones públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

- *Supuestos especiales de nulidad contractual*

El artículo 37 del TRLCSP, prevé supuestos especiales de nulidad:

- Para los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, del TRLCSP.
- Y para los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

- *Causas de anulabilidad de Derecho administrativo*

De acuerdo con el artículo 33 del TRLCSP, son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en el propio TRLCSP, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en la actualidad la remisión debe entenderse realizada al artículo 48 de la Ley 39/2015).

- *Causas de invalidez de Derecho civil*

Según el artículo 36 del TRLCSP, la invalidez (nulidad y anulabilidad) de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos a que se refiere el artículo 31, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables.

Aunque la clasificación contiene numerosas excepciones o comentarios, siguiendo a Martín Oviedo y a Presedo Rey, podemos distinguir las siguientes causas de invalidez de derecho civil:

- Causas de nulidad de derecho civil.
  - La falta de consentimiento (por ejemplo, el contratista no ha presentado oferta y, aun así, se le adjudica el contrato).
  - El carácter imposible, ilícito o indeterminado del objeto del contrato (se contrata al contratista para construir un estadio de fútbol en el planeta Mercurio).
  - La inexistencia o ilicitud de la causa (se contrata a un ladrón para que robe un Picasso).
  - La contravención de una ley imperativa o del orden público (se contrata al contratista para la construcción de una edificación que vulnera la Ley de costas).
  - La insuficiencia de poder del firmante de la proposición (una persona contrata en nombre de otra de la que no tiene autorización o representación legal).
- Causas de anulabilidad de derecho civil.
  - La falta de capacidad natural del licitador (es decir, merma de facultades mentales de personas físicas no incapacitadas, causada, por ejemplo, por embriaguez o por enajenación mental transitoria).
  - El error, dolo (engaño), violencia o intimidación.
- *Revisión de oficio*

El art 34 del TRLCSP se ocupa de la revisión de oficio señalando que la revisión de oficio de los actos preparatorios y de los actos de adjudicación de los contratos de las administraciones públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada se efectuará de conformidad con lo establecido en el capítulo primero del título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en la actualidad, la remisión debe entenderse realizada al capítulo I del título V de la Ley 39/2015).

Sin perjuicio de lo que, para el ámbito de las comunidades autónomas, establezcan sus normas respectivas que, en todo caso, deberán atribuir esta competencia a un órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa, serán competentes para declarar la nulidad de estos actos o declarar su lesividad el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, cuando ésta no tenga el carácter de Administración pública. En este último caso, si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria.

En el supuesto de contratos subvencionados, la competencia corresponderá al titular del departamento, órgano, ente u organismo que hubiese otorgado la subvención, o al que esté adscrita la entidad que la hubiese concedido, cuando ésta no tenga el carácter de Administración pública. En el supuesto de concurrencia de subvenciones por parte de distintos sujetos del sector público, la competencia se determinará atendiendo a la subvención de mayor cuantía y, a igualdad de importe, atendiendo a la subvención primeramente concedida.

Salvo determinación expresa en contrario, la competencia para declarar la nulidad o la lesividad se entenderá delegada conjuntamente con la competencia para contratar. No obstante, la facultad de acordar una indemnización por perjuicios en caso de nulidad no será susceptible de delegación, debiendo resolver sobre la misma, en todo caso, el órgano delegante; a estos efectos, si se estimase pertinente reconocer una indemnización, se elevará el expediente al órgano delegante, el cual, sin necesidad de avocación previa y expresa, resolverá lo procedente sobre la declaración de nulidad conforme a lo previsto en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en la actualidad, artículo 106.4 de la Ley 39/2015).

En los supuestos de nulidad y anulabilidad, y en relación con la suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación, se estará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en la actualidad, artículo 117 de la Ley 39/2015, por remisión del 108).

*- Efectos de la declaración de nulidad*

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, de acuerdo con el artículo 35 del TRLCSP, la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y, si esto no fuese posible, se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.

La nulidad de los actos que no sean preparatorios (o de adjudicación) sólo afectará a éstos y sus consecuencias (por ejemplo, la declaración de nulidad de la modificación de un contrato –fase de ejecución-, no supondría la nulidad de éste, sino la nulidad de la modificación misma).

Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público (por ejemplo, la interrupción del servicio público de transporte urbano por declaración de nulidad del contrato de gestión de servicio público con la empresa transportista), podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

Según el artículo 38, la declaración de nulidad en los supuestos especiales de nulidad contractual antes vistos (artículo 37 respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada y contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II, cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros) producirá, como principio general, los efectos del artículo 35.1 del TRLCSP antes examinado.

Sin embargo, el órgano competente para declarar la nulidad podrá no declararla y acordar el mantenimiento de los efectos del contrato, si, atendiendo las circunstancias excepcionales que concurren, considera que existen razones imperiosas de interés general que lo exijan. Además, en este caso, la declaración de nulidad deberá sustituirse por ciertas sanciones alternativas (todo ello, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario que corresponda imponer al responsable de las infracciones legales).

## **2. RECURSOS. EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

El capítulo VI del título I del libro I del TRLCSP regula el “régimen de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos”.

Supone un régimen específico de recurso administrativo que busca mayor rapidez en la interposición y resolución del recurso y que sólo puede interponerse contra determinados actos de determinados tipos de contratos, siempre que no se tramite el procedimiento por vía de emergencia.

*- Actos recurribles*

Según el artículo 40, serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las administraciones públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

- Contratos de obras, concesión de obras públicas, de suministro, de servicios, de colaboración entre el sector público y el sector privado y acuerdos marco, sujetos a regulación armonizada.
- Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de esta ley, cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros
- Y contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del impuesto sobre el valor añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Serán también susceptibles de este recurso los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17.

Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:

- Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.
- Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que

éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la mesa de contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

- Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos, tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación.

Los defectos de tramitación que afecten a actos distintos de los contemplados en el apartado 2 podrán ser puestos de manifiesto por los interesados al órgano al que corresponda la instrucción del expediente o al órgano de contratación, a efectos de su corrección, y sin perjuicio de que las irregularidades que les afecten puedan ser alegadas por los interesados al recurrir el acto de adjudicación.

No se dará este recurso en relación con los procedimientos de adjudicación que se sigan por el trámite de emergencia regulado en el artículo 113 del TRLCSP.

No procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo, salvo la excepción prevista en el siguiente con respecto a las comunidades autónomas.

Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos administrativos que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en la actualidad, la remisión debe entenderse realizada a la Ley 39/2015), y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

El recurso especial regulado en este artículo y los siguientes tendrá carácter potestativo.

*- Órgano competente para la resolución del recurso*

Según el artículo 41, en el ámbito de la Administración general del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias. Este tribunal conocerá también de los recursos especiales que se susciten de conformidad con el artículo anterior contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas.

A estos efectos se crea el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que estará adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda y compuesto por un presidente y un mínimo de dos vocales. Su desarrollo reglamentario se halla contenido en el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre.

En el ámbito de las comunidades autónomas, así como en el de los órganos competentes de sus asambleas legislativas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, la competencia para resolver los recursos será establecida por sus normas respectivas, debiendo crear un órgano independiente. En la Comunidad autónoma de Galicia, la disposición final segunda de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, ha introducido en la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, los artículos 35 bis siguientes, por los que se crea y regula el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia.

En el ámbito de las corporaciones locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las comunidades autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. En el caso de Galicia, las normas antes citadas han atribuido esa competencia al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia.

*- Medidas provisionales*

Según el artículo 43, antes de interponer el recurso especial regulado en este capítulo, las personas físicas y jurídicas, legitimadas para ello con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42, podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas provisionales.

Tales medidas irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

*- Iniciación del procedimiento y plazo de interposición*

El procedimiento de recurso según el artículo 44 se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

- Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 del TRLCSP.
- Cuando se interponga contra actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o contra un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción.
- Cuando se interponga contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación.

Una vez interpuesto el recurso, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará en



suspensa la tramitación del expediente de contratación.

*- Tramitación del procedimiento*

El procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (en la actualidad, la remisión debe entenderse realizada a la Ley 39/2015), con las especialidades que se recogen en el artículo 46 TRLCSP.

*- Resolución*

Una vez recibidas las alegaciones de los interesados, o transcurrido el plazo señalado para su formulación, y el de la prueba, en su caso, el órgano competente deberá resolver el recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificándose a continuación la resolución a todos los interesados.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas, o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones.

Si, como consecuencia del contenido de la resolución, fuera preciso que el órgano de contratación acordase la adjudicación del contrato a otro licitador, se concederá a éste un plazo de diez días hábiles para que cumplimente lo previsto en el apartado 2 del artículo 151.

Asimismo, a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso.

La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.

En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante orden ministerial (artículo 47).

*- Régimen de recursos contra la resolución*

Contra la resolución dictada en este procedimiento sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo. No procederá la revisión de oficio, ni tampoco actos de fiscalización por los órganos de control financiero de las administraciones (artículo 49).

## **TEMA 26**

# **EL SERVICIO PÚBLICO. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA**

## **TEMA 26. EL SERVICIO PÚBLICO. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA**

### **I. EL SERVICIO PÚBLICO**

#### **1. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA**

##### *- Introducción. La teoría del servicio público*

La teoría del servicio público está directamente relacionada con el papel que el Estado y la Administración desempeñan en las sociedades modernas. Como exponen los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la función del derecho público ya no se agota en la pura defensa de la libertad y la propiedad individuales, a la cual estaba inicialmente orientado el derecho público de forma casi exclusiva, sino que debe alcanzar también a encauzar adecuadamente una tarea de asistencia vital, de búsqueda existencial, de aseguramiento de las bases materiales de la existencia individual y colectiva (la *Daseinvorsorge* de FORSTHOFF) y a proporcionar al ciudadano los medios apropiados para exigir y obtener de los poderes públicos todo lo que, siéndole estrictamente necesario para subsistir dignamente, queda fuera del espacio vital por él dominado. Es lo que se llama la Administración prestacional.

En nuestro ordenamiento jurídico, las exigencias relativas a esa actividad prestacional derivan directamente de la cláusula de Estado social proclamada en el artículo 1 de la Constitución. Lejos de ser un mero principio programático, la declaración de Estado social ha obligado a reconstruir las bases del derecho administrativo, en el que la Administración asume un nuevo rol, en este caso orientado a garantizar la efectividad de los derechos de libertad e igualdad de los individuos y los grupos (artículo 9.2 de la Constitución, que contiene, además, el mandato expreso de adoptar las medidas necesarias para remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud). En esta dirección, el capítulo III del título primero de la propia Constitución establece un conjunto de “principios rectores” que habrán de concretarse mediante determinaciones legislativas, primero, y mediante acciones de la Administración, en segundo término, que serán de obligado cumplimiento y conformarán auténticos derechos subjetivos de los ciudadanos. Es así como debe entenderse el artículo 53.3 de la Constitución, cuando se refiere a los principios

reconocidos en este capítulo III de la Constitución, al disponer por un lado que su reconocimiento, respeto y protección “*informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*”, para señalar a continuación que “*sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*”. Con una redacción muy poco afortunada, el precepto constitucional ha pretendido establecer, y así lo corroboró el Tribunal Constitucional, un mandato explícito dirigido a todos los poderes del Estado, correspondiendo al legislador convertir el deber genérico en obligación exigible y la mera expectativa en derecho subjetivo en sentido estricto, a través de un adecuado desarrollo de esos principios (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). Correlativamente, nacerá también de la ley un conjunto de obligaciones que tendrá que asumir y cumplir la Administración pública en la tarea que la propia Constitución le ha encomendado de servir al interés general (artículo 103.1).

Qué es el servicio público y qué actividades son encuadrables en dicha categoría jurídica es una cuestión compleja y de difícil respuesta, que requeriría un estudio histórico. En España, el servicio público aparecería, así, primero asociado al concepto de obra pública, porque fue en su momento la gran demanda de la sociedad de la época, y por eso está presente en la legislación sobre ferrocarriles; más adelante, el servicio público se utilizaría para justificar la intervención de los municipios en una pugna de competencias con el Estado, y cobra protagonismo en el ámbito local; por fin, el servicio público aparece como título habilitante de la intervención de la Administración pública en sectores de actividad (agua, gas, electricidad) que pronto acabarán siendo asumidos por el Estado como propios del mismo a través de la llamada *publicatio* (MEILÁN).

#### - *Concepto legal de servicio público*

El concepto de servicio público se recoge en algunas normas del ordenamiento jurídico-administrativo, pero difícilmente podría afirmarse que en todas ellas la expresión “servicio público” tenga un mismo significado, ni que se corresponda con el concepto estricto que la doctrina sostiene de esta categoría jurídica. Sobre todas ellas, en la Constitución española de 1978, que recoge la expresión, u otras similares, en varias partes de su articulado, y no siempre con el mismo alcance o sentido. Se utiliza como sinónimo de “actividad administrativa”, al recoger la cláusula de responsabilidad patrimonial de los poderes

públicos por los daños sufridos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos -artículo 106.2-. Se habla también de “servicios esenciales de la comunidad” en los artículos 28 y 37, al tratar del derecho de huelga y del derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, para reconocer que aseguren el mantenimiento o el funcionamiento de aquellos servicios. La misma expresión se utiliza en el artículo 128, cuando señala en su apartado 2 que mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio. Del contenido de este precepto y de su ubicación en el capítulo relativo a la economía y la hacienda se desprende para algún autor que las prestaciones encuadrables deben ser necesariamente de carácter preferentemente económico (MEILÁN). Ha de tratarse, además, de servicios “esenciales” y esa esencialidad, como expresión de lo que son las aspiraciones de la sociedad en un momento determinado, debe ser lógicamente apreciada por sus legítimos representantes, que constituyen el Parlamento, mediante ley (MEILÁN). SANTAMARÍA PASTOR sostiene que en cada sociedad, y en cada momento histórico, existen una serie de prestaciones que los particulares precisan o demandan de modo incondicional, por ser consideradas imprescindibles o muy relevantes para el correcto funcionamiento del sistema social y económico: son las prestaciones mediante las que se satisfacen las necesidades colectivas mínimas de seguridad y de bienestar que cada sociedad ha alcanzado o aspira a alcanzar en breve plazo y que considera como irrenunciables. La demanda social de estas prestaciones a los ciudadanos determina la asunción formal de su satisfacción por los poderes públicos, que los toman como responsabilidad propia en orden a garantizar su efectiva realización. Tales prestaciones son las actividades a las que, genéricamente, se conoce como servicios públicos.

En el ámbito de nuestra Comunidad autónoma, la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, establece en su artículo 33.1 que, a los efectos de la misma, se considerarán servicios públicos las actividades de prestación que la Administración general de la Comunidad Autónoma y sus entidades públicas instrumentales, en ejercicio de sus competencias, asumen como propias y ponen, bajo su responsabilidad, a disposición de la ciudadanía. El precepto matiza en su apartado 2 que las previsiones de esta ley se aplicarán aunque no exista una declaración formal de servicio público y con independencia del régimen que se utilice para

su prestación. En cambio, quedan excluidas las actividades empresariales que el sector público autonómico realice en virtud de la iniciativa pública en la actividad económica en condiciones de mercado y en concurrencia con los particulares, es decir, la llamada actividad empresarial de la Administración a la que se refiere el artículo 128.2 de la Constitución en su primer inciso cuando reconoce la iniciativa pública en la actividad económica.

*- Derecho de la Unión Europea y servicio público*

A todo lo anterior es preciso añadir el impacto del Derecho de la Unión Europea en la teoría del servicio público. Como es sabido, el de la Unión Europea se construye en el ambiente de liberalizaciones y privatizaciones de actividades tradicionalmente configuradas como servicios públicos, en el sentido de actividades cuya titularidad había asumido el Estado aunque su gestión fuese llevada por personas privadas. Además, el hecho de que el Derecho de la Unión Europea reúna ordenamientos jurídicos muy diferentes, en los que la categoría del servicio público juega papeles muy diversos, obligó a buscar soluciones de compromiso que no solo descafeinaron el concepto sino que provocaron vaivenes característicos de los diversos momentos políticos que atravesaba la Unión (MEILÁN).

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea se refiere a los servicios públicos en el artículo 93, al referirse a las ayudas públicas. El artículo 106.2 se refiere, sin embargo, a los "servicios de interés económico general". No aparece en el Tratado la expresión "servicios de interés general", aunque se ha acuñado en la práctica comunitaria como expresión más amplia que la anterior, porque incluye actividades de contenido no económico pero que se consideran de interés general y sometidas a obligaciones específicas de servicio público (la educación, los regímenes básicos de seguridad social obligatorios o la sanidad). Aquéllos –los de contenido económico– quedan sometidos a las reglas de mercado y competencia.

Como concluye MEILÁN, con la integración europea no han cambiado las categorías, ni la responsabilidad del Estado para asegurar la satisfacción de necesidades colectivas. Lo que ha cambiado es la forma en que los poderes públicos cumplen sus obligaciones con los ciudadanos. El servicio público nació para satisfacer necesidades de la sociedad, la misma

finalidad que justifica los servicios económicos de interés general. De hecho ha sido acuñada jurisprudencialmente la expresión de “servicio universal”.

## **2. RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

En el Ordenamiento jurídico de la Comunidad autónoma de Galicia, el régimen jurídico básico de los servicios públicos autonómicos viene determinado por los artículos 34 y 35 de la Ley ya mencionada de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.

El artículo 34 consagra la proyección de la potestad autoorganizatoria de la Xunta de Galicia sobre los servicios de su competencia. Así, este precepto proclama que la Xunta de Galicia, dentro del marco constitucional y estatutario, tendrá plena potestad para constituir, organizar y modificar los servicios públicos de su competencia, incluidas las reorganizaciones que resulten en el ejercicio de esta potestad.

La potestad de organización del servicio comprenderá la determinación de su alcance y régimen jurídico, siempre de acuerdo con las disposiciones en que, en su caso, se base el establecimiento del servicio. Sin embargo, sólo se admite la prestación de los servicios públicos en régimen de monopolio con la eliminación de las titularidades privadas en el sector de la actividad cuando una ley lo autorice expresamente, tal como prevé el artículo 128.2 de la Constitución en su segundo inciso.

Además, los servicios públicos autonómicos se publicarán en la guía de procedimientos y servicios regulada en el artículo 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, con la finalidad de facilitar a la ciudadanía el conocimiento de su existencia.

En cuanto al régimen jurídico de los servicios públicos, el artículo 35 de la ley que nos ocupa precisa que las disposiciones de carácter general o actos administrativos mediante los cuales se acuerde el establecimiento de un servicio público como servicio propio de la Comunidad autónoma deberán precisar el régimen jurídico que les será aplicable, de acuerdo con las previsiones de esta ley y cualquier otra que resulte de aplicación.

Ese régimen jurídico debe precisar, como mínimo, los siguientes aspectos:



- Declaración expresa de que la actividad de prestación de la que se trata es asumida por la administración respectiva como propia.
- Órgano competente para la prestación del servicio.
- Alcance de las prestaciones en favor de los administrados y administradas.
- Modalidad o modalidades de prestación del servicio. En el supuesto de que se prevea una gestión indirecta del servicio mediante contrato, se precisarán las obligaciones esenciales del contratista.
- La definición de la situación estatutaria de las personas usuarias del servicio a través de la previsión de sus derechos y deberes.
- Estándares mínimos de calidad del servicio público. En particular, atendiendo a la naturaleza y características de cada servicio público, y de acuerdo con lo establecido en esta ley, podrá recogerse la tasación de la indemnización económica mínima que las personas usuarias tienen derecho a percibir en caso de incumplimiento de los estándares mínimos de calidad o el porcentaje de devolución de la tarifa abonada a la que tengan derecho, sin perjuicio de la posible acreditación de mayores daños y perjuicios de acuerdo con la legislación reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración.
- Los demás aspectos básicos de carácter jurídico, económico y administrativo que definan la prestación del servicio.

Precisa el apartado 3 de este artículo 35 que la Administración dispondrá, en todo caso, de las potestades precisas para asegurar el buen funcionamiento del servicio y garantizar y regular su prestación. Asimismo, velará por la evolución y adaptación de las prestaciones comprendidas en los servicios públicos al progreso de la ciencia y por su adaptación a la normativa técnica, ambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de las personas usuarias que resulte de aplicación (principio de adaptación o mutabilidad de los servicios públicos).

En el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general o en el

procedimiento para la adopción del acto administrativo por el que se acuerde el establecimiento del servicio público deberá incluirse una memoria en la que se justificarán la oportunidad y la pertinencia de la prestación del servicio público, las necesidades de interés general a las que responde la modalidad o modalidades elegidas para la gestión del servicio público, así como la inexistencia de duplicidades respecto de otros servicios prestados por otras administraciones públicas y el respeto a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y a los objetivos de eficiencia del gasto y eficacia de la gestión pública autonómica.

### **3. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS USUARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

El usuario de los servicios públicos es el beneficiario inmediato de la acción prestacional llevada a cabo por la Administración o el contratista. El ordenamiento jurídico reconoce un complejo entramado de derechos y obligaciones que conforman el estatuto de los usuarios de los servicios públicos.

#### *- El derecho al establecimiento del servicio*

Debido a que, como ya se ha dicho, el artículo 53.3 de la Constitución sólo permite alegar ante la jurisdicción ordinaria los principios rectores de la política social y económica recogidos en el capítulo tercero del título primero de la Constitución de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, en nuestro Ordenamiento jurídico no existe con carácter general un derecho al establecimiento de servicios públicos que no hayan sido creados por el legislador o la Administración.

Una excepción son los servicios mínimos obligatorios que el artículo 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local impone a los municipios en función de su población, pues en este caso la propia ley reconoce a los vecinos en su artículo 18.1.g) el derecho a exigir no sólo su prestación, sino también su establecimiento. La forma de hacer efectivo este derecho es mediante la impugnación de los presupuestos municipales cuando no incluyan una consignación adecuada y suficiente para sufragar los servicios obligatorios, en los términos previstos por los artículos 170 y 171 del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Estos servicios son los siguientes:

- 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.
- En los Municipios con población superior a 5.000 habitantes, además: parque público, biblioteca pública y tratamiento de residuos.
- 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.
- En los Municipios con población superior a 50.000 habitantes, además: transporte colectivo urbano de viajeros y medio ambiente urbano.

*- Regímenes jurídicos de prestación de los servicios públicos a los usuarios*

El artículo 37 de la Ley de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración distingue dos grandes regímenes jurídicos de prestación de los servicios públicos a los usuarios de los mismos, el de Derecho administrativo, de carácter objetivo y estatutario, y del Derecho privado, de carácter contractual:

- Las relaciones de las personas usuarias con los servicios gestionados directamente por la Administración general de la Comunidad Autónoma o a través de sus entidades públicas instrumentales tendrán naturaleza jurídico-administrativa y se regularán por el derecho administrativo.
- En los casos de gestión directa del servicio a través de otras entidades instrumentales del sector público diferentes de las expresadas en el apartado anterior y en los casos de gestión indirecta del servicio, las relaciones de las personas usuarias con el prestador del servicio tendrán naturaleza jurídico-privada.

No obstante, el régimen jurídico privado de prestación no excluye la aplicación de principios y normas de Derecho público a la relación, como reconoce este mismo artículo

de la Ley de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.  
Así:

- El prestador del servicio estará obligado a admitir a la utilización del servicio a las personas que cumplan los requisitos para ello.
- Las relaciones jurídicas y los contratos que se concierten entre las personas usuarias del servicio y los prestadores deberán ajustarse a lo previsto en el régimen jurídico del servicio.

A estos efectos, el régimen jurídico del servicio preverá la aprobación y el control por parte del órgano competente de la Administración de las condiciones generales de las relaciones que se concierten con las personas usuarias o de los documentos contractuales que utilicen los prestadores del servicio. Asimismo, los prestadores del servicio darán parte al órgano competente de las instrucciones que adopten en el marco de su responsabilidad de cuidado del buen orden del servicio, a efectos de posibilitar el ejercicio de las funciones administrativas de control y supervisión del servicio.

*- Estatuto general de los usuarios de los servicios públicos. La carta gallega de los servicios públicos*

En desarrollo de lo anterior, el artículo 38 de la Ley de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración proclama que todos los usuarios de los servicios públicos autonómicos, con independencia de la modalidad en que se presten, tendrán los mismos derechos respecto de la prestación del servicio público.

En particular, tendrán derecho:

- A ser admitidas al servicio y a exigir la prestación de los servicios públicos establecidos cuando reúnan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos en el ordenamiento jurídico y en la reglamentación del servicio para ser beneficiarias de sus prestaciones.
- A recibir las prestaciones en que consiste el servicio público en las condiciones de continuidad, regularidad y calidad estipuladas en su régimen jurídico, con pleno

respeto a los principios de universalidad, igualdad y no discriminación.

- A utilizar y a ser atendidas, a su elección, en la lengua gallega o castellana en sus relaciones orales y escritas con el prestador del servicio. A estos efectos, tanto en los supuestos de gestión directa como indirecta, se adoptarán las medidas organizativas del servicio necesarias para la garantía de este derecho. El gallego será la lengua de uso normal y preferente en todas las actividades relacionadas con la organización y prestación de los servicios públicos.
- A ser tratadas con deferencia y respeto en el marco de la prestación del servicio público de que se trate.
- A acceder a toda la información que sea precisa para formular quejas o reclamaciones sobre la prestación del servicio, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación reguladora de la transparencia administrativa.
- A presentar sugerencias y quejas sobre el funcionamiento del servicio, que deberán ser contestadas de forma motivada e individual.
- A obtener copia sellada de todos los documentos que, en relación con la prestación del servicio, presenten en sus oficinas.
- A exigir de la Administración el ejercicio de sus facultades de inspección, control y, en su caso, sanción para garantizar el buen funcionamiento del servicio, garantizar y regular la prestación de éste y subsanar cualquier irregularidad en su prestación.

Estos derechos se complementan con las obligaciones que recoge el apartado 3 del artículo 38:

- A abonar, en su caso, la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.
- A tratar con respeto y cuidado las instalaciones en que se preste el servicio y los bienes utilizados en su prestación.
- A tratar con deferencia y respeto al resto de las personas usuarias, así como al

personal que preste el servicio.

- A realizar un uso no abusivo de los servicios. Se entenderá que una persona hace un uso abusivo cuando su conducta obstaculice de manera irracional, desproporcionada y evidente el buen funcionamiento del servicio, ocasionando un perjuicio al resto de las personas usuarias, a la administración titular del servicio público y, en su caso, al prestador.

El incumplimiento de estas obligaciones facultará al prestador del servicio o a su personal debidamente autorizado o acreditado para no admitir a la persona usuaria a la prestación del servicio o para su denegación, sin perjuicio de la posibilidad de la imposición de las sanciones previstas en las leyes sectoriales que regulen determinados servicios.

Asimismo, el personal encargado de la explotación del servicio, en ausencia de agentes de la autoridad, podrá adoptar las medidas necesarias para la utilización del servicio y formular, en su caso, las denuncias pertinentes. A estos efectos, servirán de medio de prueba las obtenidas por el personal del prestador del servicio debidamente acreditado y con los medios previamente homologados por el órgano administrativo competente, así como cualquier otro admitido en derecho.

*- En particular, las tarifas de los servicios públicos*

Cuando el prestador del servicio es el propio ente administrativo titular del mismo, de acuerdo con lo establecido en la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, la contraprestación tendrá la naturaleza de tasa cuando se trate de servicios de solicitud o recepción obligatoria por los administradores o que no pueda prestar o realizar el sector privado, por cuanto impliquen intervención en la actuación de los particulares o cualquier otra manifestación del ejercicio de autoridad (artículo 6), y de precio público en caso contrario (artículo 24).

Cuando, por el contrario, el servicio se preste en régimen de gestión contractual (esto es, por parte de una empresa, por ejemplo, una concesionaria), la contraprestación tendrá siempre carácter privado, considerándose como precio de un servicio cuyo título es el contrato que celebra dicha empresa con el usuario (por ejemplo, el billete de autobús o de

metro).

Los criterios de determinación del importe de la contraprestación que, en su caso, deben abonar los usuarios por la prestación de los servicios públicos han sido fijados por la citada Ley de tasas y precios públicos en torno al denominado “principio de equivalencia”, en el sentido de que las tasas “tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible” (artículo 7), en tanto que los precios públicos “se establecerán a un nivel que cubra como mínimo los costes económicos originados por la realización de las actividades o la prestación de los servicios o que resulte equivalente a la utilidad derivada de los mismos” (artículo 25).

Por su parte, el artículo 39 de la Ley de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración matiza que en los casos de gestión indirecta y a efectos de la garantía de la sostenibilidad financiera del servicio público, el régimen jurídico del servicio podrá prever que, en los casos de prestación del servicio y falta de pago de las tarifas establecidas en el contrato como contraprestación a cargo de las personas usuarias, las cantidades adeudadas tengan la consideración de créditos de derecho público cuya recaudación en vía ejecutiva corresponda a los órganos competentes de la Administración, atendidas la situación estatutaria de las personas usuarias del servicio y la responsabilidad última de la Administración sobre éste.

Para la aplicación de esta previsión, el contratista tendrá que dar traslado al órgano competente de la Administración, con certificación de las cantidades adeudadas, con la finalidad de que el órgano competente sobre el servicio, previa audiencia a la persona usuaria y una vez acreditada la correcta realización de la prestación, dicte el correspondiente acto administrativo en el cual se tenga por prestado el servicio y se dé parte a los servicios de recaudación competentes a efectos de la exigencia de la tarifa por las vías previstas para los recursos de derecho público. Las cantidades recaudadas serán entregadas al contratista.

- *Responsabilidad patrimonial derivada de la prestación de los servicios públicos de titularidad autonómica*

También regula la Ley de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena

administración, en su artículo 40, las especialidades de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que puedan formular los usuarios de los servicios públicos como consecuencia de la prestación de éstos. Tales reclamaciones podrán dirigirse directamente a la administración autonómica titular del servicio público, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal, sin perjuicio del derecho de los usuarios a reclamar contra el prestador del servicio en la vía jurisdiccional que corresponda en los casos en que no se pretenda la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el caso de servicios públicos prestados de forma indirecta, el prestador del servicio está obligado a remitir a la Administración autonómica las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que le puedan formular directamente los usuarios. El contrato incluirá expresamente esta obligación como obligación esencial, cuyo incumplimiento será causa de resolución contractual.

En la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial en estos casos de servicios públicos en régimen de gestión indirecta, el artículo 41 de la ley establece que se dará audiencia al contratista, y se le notificarán cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento al efecto de que comparezca en él, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba considere necesarios. El procedimiento se instruirá de acuerdo con las normas que regulan la responsabilidad patrimonial de la Administración y determinará si existe responsabilidad patrimonial de la Administración, por ser el daño producido por causas imputables a la Administración, o si existe responsabilidad patrimonial del contratista.

Si en el procedimiento se determina la existencia de responsabilidad patrimonial del contratista, la Administración, como garante de la posición de los usuarios, en virtud de la ley y en el uso de sus potestades contractuales, ordenará a aquél el abono de la indemnización a la persona usuaria y le indicará un plazo para ello. En caso de incumplimiento de la resolución por el contratista, las cantidades determinadas por la Administración en el procedimiento tendrán la consideración de crédito de derecho público, a efectos de su recaudación por el órgano competente de la Administración. Las cantidades recaudadas serán objeto de entrega a la persona usuaria del servicio



perjudicado.

Asimismo, el régimen jurídico del servicio podrá prever el abono de las cantidades determinadas en el procedimiento directamente por parte de la Administración como responsable última del servicio y su posterior exigencia como crédito de derecho público al contratista.

A estos efectos, si la administración titular del servicio público entiende que se produjeron lesiones en los bienes y derechos de las personas usuarias susceptibles de ser indemnizadas por concepto de responsabilidad patrimonial, iniciará de oficio el procedimiento correspondiente, de acuerdo con lo establecido en la legislación básica estatal.

El régimen jurídico de cada servicio público, atendiendo a su naturaleza y características, podrá precisar los estándares mínimos de calidad cuyo incumplimiento se considerará funcionamiento anormal y que determinarán, en su caso, y en los términos previstos en la normativa en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el derecho de la persona usuaria a ser indemnizada en la cuantía determinada que al efecto se precise, sin perjuicio de la posible acreditación de mayores daños y perjuicios de acuerdo con la legislación reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

## **II. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: GESTIÓN DIRECTA E INDIRECTA**

### **1. FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

El artículo 36 de la Ley de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración establece que la gestión de los servicios públicos de competencia de la Comunidad Autónoma podrá adoptar las siguientes modalidades:

- Gestión directa del servicio público a través de la Administración general de la Comunidad Autónoma.
- Gestión directa del servicio público a través de un medio instrumental del sector público autonómico.

- Gestión indirecta del servicio público mediante contrato. Sólo se podrán gestionar a través de esta modalidad aquellos servicios que sean susceptibles de explotación por parte de particulares y que no impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.
- Cogestión del servicio público en colaboración con otra administración pública.

## **2. LA GESTIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

La gestión directa consiste en la gestión de un servicio por la Administración titular del mismo. Bajo esta expresión se comprenden los supuestos en que el servicio es prestado directamente por los órganos integrantes de la persona jurídica en que cada Administración se constituye como aquellos otros en los que su prestación se confía a una entidad instrumental de dicha Administración constituida con tal fin.

SANTAMARÍA PASTOR resume la regulación actual en los siguientes puntos, que resultan de la sistematización de los artículos 4.1 n) y 24.6 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre:

- Sólo cabe confiar la gestión de servicios económicos a un ente instrumental cuando tenga atribuida la condición de “medio propio y servicio técnico” de la Administración titular (artículo 4.1.n del TRLCSP). En los demás casos, la Administración titular deberá celebrar un contrato de gestión de servicios públicos, a cuya licitación podrán concurrir, en pie de igualdad, los entes públicos (ya sean de los que se constituyen en forma pública o privada, como las sociedades públicas) y las empresas privadas.
- La atribución de la condición de “medio propio y servicio técnico” se rodea de numerosas cautelas y requisitos, entre ellos:
  - Sólo pueden gozar de esta condición aquellas entidades cuya parte esencial de su actividad esté dirigida a prestar servicios a la Administración que le encomiende el servicio (artículo 24.6, párrafo 1º del TRLCSP).



- Se exige, asimismo, que la Administración titular ostente sobre el medio propio “un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios”; entendiéndose que existe dicho control sólo cuando pueda “conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan”; y si el medio propio tiene naturaleza de sociedad mercantil, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública (artículo 24.6, párrafo 1º y 2º del TRLCSP).
- Se impone también el requisito formal de que la condición de medio propio y servicio técnico “deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos (artículo 24.6, párrafo 3º del TRLCSP).
- Por último, las entidades que gocen de esta condición no podrán participar en las licitaciones que convoque la Administración de la que dependan (artículo 24.6, párrafo 3º del TRLCSP); y los contratos que celebren con terceros para la ejecución de los servicios que se les confíen deberán sujetarse al TRLCSP, en los supuestos en que ésta es aplicable (artículo 4.1.n del TRLCSP).

## **2. LA GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

Está regulada en los artículos 275 a 289 del TRLCSP y por los artículos 44 a 55 de la Ley de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración. Tal y como establece el artículo 275.1 del TRLCSP, “la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.”

### **- Modalidades**

Pues bien, tal y como dispone el artículo 277 del TRLCSP, la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

- *Concesión*, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

Crítica la doctrina la imprecisión e inexactitud con que el TRLCSP se refiere a la modalidad clásica de gestión indirecta de los servicios públicos.

La peculiaridad de la técnica es la bifurcación entre la titularidad pública del servicio (reservada al sector público a través de la *publicatio*) y la gestión privada de la prestación. La Administración conserva la titularidad y los poderes necesarios para garantizar la adecuada prestación del servicio por parte del concesionario, que deberá llevarlo a cabo con condiciones de regularidad y continuidad, asumiendo los riesgos inherentes al servicio ("a su propio riesgo y ventura"). Como contrapartida, el concesionario se beneficia de la regla del mantenimiento del equilibrio económico-financiero, que corresponde analizar en la lección correspondiente a la contratación pública (remisión).

- *Gestión interesada*, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

Es ésta una figura de rasgos poco definidos. Se caracteriza, en palabras de BLANQUER, por dosificar los riesgos del particular y estimular su acierto gestor. De tal modo que se orienta a garantizar una rentabilidad mínima, que el empresario alcanzará si el acierto de la explotación del empresario responde a los estándares normales de gerencia, y se estimula al empresario para que optimice la gestión si quiere maximizar el rendimiento. La Administración, por su parte, también participa en los beneficios/pérdidas que obtenga el prestador del servicio.

- *Concierto* con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

La acción concertada (por ejemplo, en la sanidad) es una muestra de la

colaboración económica entre el sector público y el sector privado cuyos principales rasgos característicos describe BLANQUER:

- Se refiere a actividades económicas abiertas a la iniciativa privada.
- Exigencia de previa homologación de la persona que vaya a prestar el servicio.
- Aprovechamiento de infraestructuras preexistentes y, por tanto, ausencia de reversión de los bienes afectos a la prestación del servicio.
- Precio cierto del negocio jurídico, no ligado al riesgo y ventura.
- Duración limitada del vínculo, aunque sujeto, generalmente, a la posibilidad de prórrogas.
- *Sociedad de economía mixta* en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

SANTAMARÍA PASTOR expone con claridad esta técnica, en la que la Administración titular del servicio precisa de la colaboración de una empresa privada que le aporte el capital o el *know-how* y los medios tecnológicos para la prestación de servicios complejos, pero no requiere desentenderse de su gestión inmediata; con tal fin, la Administración constituye una sociedad en cuyo capital participa, pero en el que da entrada a un socio privado que, además de sus aportaciones en medios o dinero, se encarga materialmente de la gestión del servicio, pero bajo el control directo de la Administración titular, que se halla presente en los órganos sociales (y participa también, por tanto, en los beneficios que puede producir la explotación del servicio). El autor citado critica, sin embargo, que los perfiles legales de la sociedad de economía mixta son bastante confusos y no responden a la pregunta elemental de cuál es el sujeto con el que la Administración titular del servicio contrata su gestión: una pregunta de contestación problemática a la vista de la regulación de la contratación *in house* que hoy establecen los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP. Al configurarla como una modalidad autónoma del contrato de gestión de servicios públicos, distinta de la concesión, podría pensarse que su constitución respondería

a la siguiente hipótesis: la Administración titular del servicio adjudica directamente la gestión del mismo a una sociedad propia, de capital íntegramente público, que reúna los requisitos que los preceptos antes citados exigen para su calificación como “medio propio y servicio técnico” de aquélla. Posteriormente, la propia sociedad enajena una parte de su capital a un sujeto privado (convirtiéndose así en una sociedad de economía mixta); y esta enajenación de parte del capital (esto es, la selección del socio privado) se realiza en régimen de concurrencia y licitación idéntico al exigido para un contrato de gestión de servicios públicos, satisfaciéndose así el principio de apertura competitiva del servicio a los terceros.

#### *- Duración*

El contrato de gestión de servicios públicos es un negocio jurídico de larga duración, tal y como dispone el artículo 278 del TRLCSP:

“El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.

b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

c) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios, siempre que no estén comprendidos en la letra a)”.

#### *- Contenido de los pliegos*

El contenido de los pliegos de los contratos de gestión de servicios públicos aparece

detallado en los artículos 45 y siguientes de la Ley de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.

El artículo 45 señala que los pliegos que regulen el contrato que se formalice para la gestión indirecta del servicio fijarán las condiciones de prestación del servicio, de acuerdo con lo estipulado en el régimen jurídico que se le aplique, y establecerán las condiciones de calidad aplicables a la prestación del servicio y, en su caso, las tarifas que tengan que abonar las personas usuarias, los procedimientos para su revisión y el canon o participación que haya que satisfacer a la Administración, garantizando en cualquier caso la continuidad, regularidad y universalidad del servicio y los derechos de las personas usuarias.

A Administración incluirá en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a éste en función de aquéllos.

En relación con esta cuestión, el artículo 46 de la ley añade que los pliegos recogerán los estándares de calidad concretos y determinados aplicables en la prestación del servicio. Estos estándares nunca serán menores que los establecidos por la Administración para la prestación del servicio por ella misma de forma directa.

El incumplimiento de los estándares de calidad dará lugar a la imposición de las penalidades previstas en el pliego y podrá ser causa de resolución del contrato.

Cuando la retribución del contratista sea abonada por la Administración, ésta estará orientada al cumplimiento del contrato mediante la inclusión en los pliegos de cláusulas de variación de precios ligada al cumplimiento de los estándares de calidad y disponibilidad del servicio, y debe determinar con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación.

Los estándares de calidad serán publicados en la web de la entidad contratante y deberán estar a disposición de las personas usuarias del servicio en la forma que se disponga en los pliegos y necesariamente en las instalaciones del prestador del servicio. Se publicará también la identidad del responsable del contrato.

*- Prerrogativas de la Administración en la ejecución del contrato*

El artículo 53 de la Ley 1/2015, de 1 de abril, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, establece que, además de las prerrogativas y de los derechos que tengan de acuerdo con la normativa de contratos públicos, la Administración general de la Comunidad Autónoma y las entidades que integran su sector público tendrán las siguientes prerrogativas y derechos en relación con los contratos relativos a la prestación de servicios públicos:

- Interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento y modificarlos, especialmente cuando concurran razones de interés público derivadas de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- Resolver los contratos en los supuestos de incumplimiento de las condiciones de ejecución, de acuerdo con lo prescrito en el contrato y en la ley.
- Establecer, en su caso, las tarifas máximas por la utilización del servicio público.
- Imponer al contratista las penalidades pertinentes por razón de los incumplimientos en que incurra.
- Ejercer las funciones de policía en el uso y explotación del servicio, en los términos que se establezcan en la legislación sectorial específica.
- Imponer con carácter temporal las condiciones de prestación y utilización del servicio que sean necesarias para solucionar situaciones excepcionales de interés general y abonar la indemnización que, en su caso, proceda.
- Cualquier otro derecho reconocido en esta o en otras leyes.

En todo caso, la Administración general de la Comunidad Autónoma conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate, como garantía de su continuidad, regularidad y universalidad, con independencia de la modalidad de gestión del servicio por la que se hubiese optado.

En particular, el artículo 55 de la ley regula la posibilidad de intervención del servicio,



prevista en el artículo 285 del TRLCSP.

Según el artículo 55.1, la Administración general de la Comunidad Autónoma o la entidad pública instrumental competente para la prestación del servicio podrá acordar la intervención de éste en los supuestos de incumplimiento por parte del contratista de los cuales derive perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público, cuando la Administración no hubiese decidido la resolución del contrato. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le irroque.

La intervención se acordará, previa audiencia al contratista, mediante resolución en la que se fijará el régimen de intervención del servicio, que, como mínimo, contendrá las siguientes prescripciones:

- Medidas de control que garanticen los derechos de los usuarios y la calidad del servicio.
- Régimen de multas coercitivas que se podrán imponer al contratista que no atienda las órdenes de la administración interventora.
- Designación del interventor o interventores que trasladarán al contratista las órdenes y medidas en que se traduzca la intervención.

La intervención podrá consistir en la atribución al órgano de contratación de la explotación directa del servicio y la percepción por éste de la contraprestación establecida, y para ello puede utilizar el mismo personal y material del concesionario. En este caso, el órgano de contratación designará a uno o varios interventores que sustituirán plena o parcialmente al personal directivo de la empresa concesionaria. La explotación del servicio objeto de intervención se efectuará por cuenta y riesgo del contratista, a quien se devolverá, al finalizar aquél, el saldo que resulte después de satisfacer todos los gastos, incluidos, en su caso, los honorarios de los interventores, y de deducir la cuantía de las penalidades impuestas y las indemnizaciones que debieron abonarse a las personas usuarias perjudicadas o adeudadas a la propia Administración.

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 53, la Administración general de la Comunidad

Autónoma podrá hacer efectivas sus facultades de policía respecto de sus servicios públicos, con independencia de la modalidad de su gestión, acordando su intervención directa con la finalidad de proteger a las personas usuarias y de garantizar la prestación del servicio y la salvaguarda del patrimonio público.

La intervención tendrá carácter temporal y su duración se extenderá hasta la desaparición de los motivos que la justificaron, sin que pueda exceder de dieciocho meses, supuesto en que se deberá proceder a la resolución del contrato, o bien, en el caso de resolverse el contrato, hasta la adjudicación del nuevo.

*- Derechos y obligaciones del contratista*

Los derechos y obligaciones del contratista se recogen con carácter básico en los artículos 280 y 281 del TRLCSP, y se desarrollan con más detalle en los artículos 49 y 50 de Ley de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.

Según el artículo 49, el contratista tendrá los siguientes derechos:

- Derecho a prestar el servicio público en los términos convenidos, de acuerdo con el principio de riesgo y ventura.
- Derecho a percibir las contraprestaciones pactadas en el contrato.
- Derecho a utilizar los bienes de la Administración cuando sean precisos para la prestación del servicio público. En los pliegos del contrato deberán precisarse las condiciones de utilización de dichos bienes, y se identificarán las que tengan carácter de condición esencial del contrato a efectos de su resolución así como el régimen de penalidades aplicable a los incumplimientos del contratista. Las penalidades y, en su caso, la resolución del contrato se aplicarán sin perjuicio de las sanciones que deban imponerse al contratista de acuerdo con la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.
- Los que se puedan determinar de manera expresa en el contrato, de acuerdo con las reglas de la buena fe, el equilibrio contractual y lo previsto en las leyes.

Por su parte, el artículo 50 señala que estará sujeto a las siguientes obligaciones:

- Organizar y prestar el servicio con estricta sujeción al régimen jurídico aprobado y de acuerdo con las características establecidas en el contrato.
- Prestar el servicio con la continuidad y calidad convenida.
- Admitir a la utilización del servicio a todo usuario y garantizar su prestación en las condiciones que fueron establecidas, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación, y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.
- Respetar los derechos de los usuarios recogidos en la ley y en el régimen jurídico del servicio.
- Cuidar del buen orden y de la calidad del servicio, para lo cual podrá dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de las potestades de la Administración y de su responsabilidad última en el servicio.
- Indemnizar por los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.
- Mantener el servicio público de conformidad con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, ambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación.
- Proteger el dominio público que quede vinculado al servicio.
- Proporcionar a sus trabajadores un trabajo de calidad y estable, protegerlos frente a los accidentes y riesgos laborales y promover condiciones de conciliación familiar y laboral y de igualdad de género.
- En el caso de resolución del contrato o extinción por su incumplimiento, seguir prestando el servicio hasta la adjudicación del nuevo contrato. Asimismo, en caso de que la Administración opte por una gestión directa del servicio, asumirá igualmente la obligación de prestar el servicio hasta su plena asunción por la

Comunidad Autónoma. En estos casos de extensión del servicio, el contratista tendrá derecho a ser compensado de acuerdo con los precios establecidos en el propio contrato.

- Cualquier otra prevista en esta o en otra ley, en el régimen jurídico del servicio o en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Añade el apartado 3 del artículo 50 que los pliegos precisarán el régimen de penalidades aplicable al incumplimiento de estas obligaciones del contratista, así como de aquellas otras que se configuren como condiciones esenciales de ejecución del contrato. A estos efectos, el órgano de contratación velará en la ejecución del contrato por el cumplimiento por parte del contratista de todas sus obligaciones, en particular en lo que respecta a aquellas en materia medioambiental, social o laboral, que deberán ser objeto de un seguimiento singularizado.

De esta manera, se considerará incumplimiento grave que justificará la resolución del contrato la vulneración probada de los derechos laborales de los trabajadores y, en especial, de los permisos de paternidad y maternidad, ya sea directamente o bien mediante coacciones. En estos casos, siempre que existan indicios de delito contra los derechos de los trabajadores, el órgano de contratación lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Asimismo, los incumplimientos de los estándares de calidad del servicio podrán ser reclamados por las personas usuarias de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la ley, que señala que los usuarios de los servicios públicos prestados mediante gestión indirecta podrán formular sugerencias y quejas sobre la prestación del servicio al contratista, que deberá remitirlas al responsable del contrato o bien presentarlas directamente ante este último. El responsable del contrato, previo informe de la oficina de defensa de las personas usuarias, remitirá una propuesta al órgano de contratación sobre la sugerencia o queja recibida. Los pliegos deberán prever las penalidades que sean de aplicación al contratista en el caso de que no dé traslado a la Administración de las quejas y sugerencias recibidas.

En el caso de las quejas, la propuesta del responsable del contrato se pronunciará

motivadamente sobre la eventual vulneración de los derechos de la persona usuaria, y propondrá las medidas concretas que se adoptarán. Estas medidas podrán consistir en reducciones en la retribución del contratista o en imposición de penalidades, de acuerdo con lo estipulado en el contrato, así como en la adopción de órdenes por parte del órgano contratante en el ejercicio de sus poderes de policía para asegurar la buena marcha del servicio. Todo lo anterior es sin perjuicio de la posibilidad de acordar la imposición de multas al usuario que realice un uso abusivo de sus derechos al formular la queja, de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 de la presente ley y en el régimen jurídico del servicio.

#### *- Subcontratación*

La subcontratación en los contratos del gestión de servicios públicos está sometida, además de a las prescripciones generales del TRLCSP, a las disposiciones de los artículos 51 y 52 de la Ley de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración.

El artículo 51 señala que el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación, de acuerdo con lo previsto en la normativa de contratos públicos. Hay que tener en cuenta que el artículo 289 del TRLCSP establece expresamente que en el contrato de gestión de servicios públicos, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.

Cuando el contrato, por razón de su objeto y naturaleza, lo permita, la Administración podrá identificar en los pliegos aquellas prestaciones accesorias del objeto del contrato que se puedan subcontratar.

La realización de estas prestaciones podrá reservarse a centros especiales de empleo, de acuerdo con lo previsto en la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.

De acuerdo con el artículo 52 de la Ley gallega, en todo caso, la Administración velará por que la subcontratación de prestaciones accesorias no suponga una disminución de los estándares de calidad del servicio. Los usuarios del servicio mantendrán todos los

derechos previstos en esta ley y en el régimen jurídico del servicio con independencia de la subcontratación.

El órgano de contratación podrá comprobar, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público, el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios de los contratos tienen que hacer a todos los subcontratistas o suministradores que participen en ellos. De este modo, los contratistas adjudicatarios remitirán al ente público contratante, cuando éste lo solicite, relación detallada de aquellos subcontratistas o suministradores que participen en el contrato cuando se perfeccione su participación, junto con aquellas condiciones de subcontratación o suministro de cada uno de ellos que guarde una relación directa con el plazo de pago. Asimismo, deberán aportar, a solicitud del ente público contratante, justificante de cumplimiento de los pagos a aquéllos una vez finalizada la prestación, dentro de los plazos de pago legalmente establecidos en el artículo 228 del TRLCSP, y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en lo que le sea de aplicación. Estas obligaciones, que se incluirán en los anuncios de licitación y en los correspondientes pliegos de condiciones o en los contratos, se consideran condiciones esenciales de ejecución, cuyo incumplimiento, además de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, permitirá la imposición de las penalidades que a tal efecto se contengan en los pliegos.

*- Modificaciones de los contratos y restablecimiento del equilibrio financiero*

La Administración podrá modificar por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I del TRLCSP, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a

indemnización por razón de los mismos.

La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.
- Cuando actuaciones de la Administración determinasen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.
- Cuando causas de fuerza mayor determinasen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 del TRLCSP.

En estos supuestos, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente (artículo 282 del TRLCSP).

*- Reversión del servicio*

Cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas (artículo 283 del TRLCSP).

- *Resolución del contrato*

Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 223 del TRLCSP, con la excepción de las contempladas en sus letras d) y e), las siguientes:

- La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.
- El rescate del servicio por la Administración.
- La supresión del servicio por razones de interés público.
- La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato (artículo 286).

En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión (artículo 288 del TRLCSP).



## **TEMA 27**

# **LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS: RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA.**

## **TEMA 27. LAS SUBVENCIONES PÚBLICAS: RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SUBVENCIONES EN LA ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA.**

### **1. Concepto y naturaleza jurídica de la subvención:**

La subvención es definida por SANTAMARÍA PASTOR como “la donación dineraria de carácter modal destinada a promover fines o actividades de interés público”. Los cuatro elementos de este concepto se recogen en la Ley estatal 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, y en la Ley 9/2007, de 13 de junio, de subvenciones de Galicia (LSG). Esta última define la subvención, en el artículo 2, como “toda disposición dineraria realizada por la Administración de la Comunidad Autónoma, o por una entidad vinculada o dependiente de ella, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que la entrega se realice *sin contraprestación directa de los beneficiarios*.
- b) Que la entrega *esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, a la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido*.
- c) Que el proyecto, *la acción, la conducta o la situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o la promoción de una finalidad pública*”.

Las expresiones resaltadas en cursiva hacen referencia a los cuatro elementos del concepto expuesto: la referencia a la donación se refleja en la expresión “sin contraprestación directa de los beneficiarios”; el calificativo “dineraria” que acompaña a la expresión “donación” permite excluir otro tipo de ventajas o prestaciones no dinerarias; el carácter “modal” se deduce de la idea de que la entrega dineraria está sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, a la ejecución de un proyecto, a la realización de una actividad, a la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o a la concurrencia de una situación, y el beneficiario debe cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido; finalmente, la naturaleza “finalista” indica que la acción, la conducta o la situación financiada tenga por objeto el

fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o la promoción de una finalidad pública.

La subvención es una modalidad de ayuda pública, que es un concepto más amplio que aquel, al comprender otro tipo de incentivaciones. De hecho, la propia LSG declara no incluidas en el concepto de subvenciones:

1º) Las prestaciones previstas en el artículo 2.4 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones, destinadas a personas físicas, y las prestaciones autonómicas de naturaleza similar a estas o de carácter asistencial.

Este artículo 2.4 excluye del concepto de subvención los siguientes supuestos: las prestaciones contributivas y no contributivas del sistema de la Seguridad Social; las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España; las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos; las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C, reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio; las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por razón de actos de terrorismo; las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial; los beneficios fiscales y los beneficios en la cotización a la Seguridad Social; y el crédito oficial, salvo en los supuestos en los que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito.

2º) Los beneficios fiscales a favor de los usuarios de bienes y de servicios públicos aplicables en los precios correspondientes.

3º) Las aportaciones dinerarias a favor de otras administraciones y a favor de los organismos y de las entidades dependientes de la Administración de la Comunidad Autónoma sometidos al ordenamiento autonómico, destinadas a financiar global o parcialmente su actividad con carácter indiferenciado.

4º) Las aportaciones dinerarias a favor de otras administraciones públicas o de sus

entidades dependientes, establecidas mediante norma legal o reglamentaria y destinadas a financiar actividades de su competencia o impuestas por una norma emanada de la Administración otorgante.

En cualquiera caso, lo esencial no es el *nomen iuris*, sino la verdadera naturaleza del acto. Tal es el sentido del párrafo 3 del artículo 2 de la LSG cuando dispone que “serán de aplicación los preceptos de la presente ley a los actos o negocios jurídicos que de acuerdo con su verdadera naturaleza impliquen la concesión de subvenciones con arreglo a lo dispuesto en el apartado primero de este artículo, con independencia de la forma o denominación que le hubieran dado las partes”.

La naturaleza jurídica de la subvención ha planteado disquisiciones doctrinales diversas, que van desde la concepción contractual a la unilateral. En el primer caso, se entiende que la relación bilateral existente entre la Administración y el beneficiario es un verdadero contrato de naturaleza administrativa; en el segundo, se considera que la subvención es una manifestación de la actuación unilateral de la Administración, que en este caso se caracteriza por ser un acto “necesitado de aceptación”.

Cualquiera que sea su naturaleza jurídica, la doctrina especializada reconoce en esta figura tres características comunes y presentes en toda relación subvencional:

1º) Necesidad de cobertura presupuestaria. Esta exigencia se recoge en la LSG, que dispone en el artículo 6.4, entre los “requisitos para el otorgamiento de las subvenciones”, “La existencia de crédito adecuado y suficiente para atender a las obligaciones de contenido económico que se derivan de la concesión de la subvención” (letra b).

2º) Carácter no lucrativo de la subvención. Como regla general, se establece que el importe total de la subvención no puede superar el coste de la actividad a desarrollar por el beneficiario.

3º) La subvención no puede afectar al mercado. En este sentido, el artículo 87 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea declaraba incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o

producciones.

## **2. Partes de la relación subvencional:**

- *La Administración:*

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley, su artículo 3 señala que *"La ley es de aplicación a las subvenciones establecidas o gestionadas por:*

*a) La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia.*

*b) Los organismos autónomos y entidades de derecho público del artículo 12. 1.b) del Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia (debe tenerse en cuenta, a este respecto, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, que deroga el artículo 12 del Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia).*

*c) Las entidades locales de Galicia, incluidos los organismos y entes dependientes de las mismas.*

*2. Serán de aplicación los principios de gestión contenidos en el artículo 5.2 de la presente ley y los de información a que hace referencia el artículo 16 a las aportaciones dinerarias sin contraprestación que realicen los demás entes vinculados o dependientes de la Xunta de Galicia y de las entidades locales gallegas. En todo caso, las aportaciones gratuitas tendrán relación directa con el objeto de la actividad contenido en la norma de creación o en sus estatutos. La concesión de estas aportaciones habrá de ajustarse a las normas de procedimientos elaboradas por las entidades en aplicación de los citados principios.*

*3. Las subvenciones establecidas por la Unión Europea, el Estado u otro ente público, cuya gestión corresponda, total o parcialmente, a la Administración de la Comunidad Autónoma, así como la financiación complementaria de dichas subvenciones que pueda otorgar esta Administración, se regirán por el régimen jurídico del ente que las establezca, sin perjuicio de la aplicación de las normas de organización y procedimiento propios de la Administración de la Comunidad Autónoma. En cualquier caso, la presente ley se aplicará con carácter supletorio respecto a la normativa reguladora de las subvenciones*

*financiadas por la Unión Europea.”*

En lo referente a los órganos competentes para el otorgamiento de las subvenciones, el artículo 7 de la LSG dispone las siguientes reglas:

- “1. Los consejeros, presidentes o directores de los organismos autónomos y los órganos rectores de los demás entes, de acuerdo con sus leyes de creación o normativa específica dentro de su ámbito de competencia, serán competentes para conceder subvenciones.
2. No obstante, requerirá autorización del Consello de la Xunta la concesión de subvenciones que superen la cuantía de 3.000.000 de euros por beneficiario. La autorización no implicará la aprobación del gasto, que corresponderá en todo caso al órgano competente para la concesión de la subvención.
3. Las facultades de los órganos competentes para la concesión de subvenciones podrán ser desconcentradas o delegadas en los términos fijados en las normas sobre la atribución y el ejercicio de competencias.
4. La competencia para conceder subvenciones en las entidades locales corresponde a los órganos que la tengan atribuida en su normativa específica”.

Siguiendo lo establecido en la legislación estatal, la LSG dispone la posibilidad de un sistema de gestión indirecta de las subvenciones, que permite que la entrega y distribución de los fondos públicos se efectúe a través de una entidad colaboradora. Según el artículo 9 de la LSG:

- “1. Será entidad colaboradora aquélla que, actuando en nombre y por cuenta del órgano concedente a todos los efectos relacionados con la subvención, entregue y distribuya los fondos públicos a los beneficiarios cuando así se establezca en las bases reguladoras, o colabore en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos. Estos fondos en ningún caso se considerarán integrantes de su patrimonio.

Igualmente tendrán esta condición los que, siendo denominados beneficiarios conforme a la normativa comunitaria, tengan encomendadas, exclusivamente, las funciones enumeradas en el párrafo anterior.

2. Podrán ser consideradas entidades colaboradoras los organismos y demás entes públicos, las sociedades mercantiles participadas íntegra o mayoritariamente por las administraciones públicas, organismos o entes de derecho público y las asociaciones a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local, así como las demás personas jurídicas públicas o privadas que reúnan las condiciones de solvencia y eficacia que se establezcan.

3. La Administración general del Estado, otras comunidades autónomas y las corporaciones locales podrán actuar como entidades colaboradoras de las subvenciones concedidas por la Comunidad Autónoma de Galicia o sus organismos públicos y demás entes que tengan que ajustar su actividad al derecho público. De igual forma, y en los mismos términos, la Comunidad Autónoma y sus organismos públicos podrán actuar como entidades colaboradoras respecto de las subvenciones concedidas por la Administración general del Estado, otras comunidades autónomas y las corporaciones locales”.

El artículo 10 de la LSG establece los requisitos para obtener la condición de entidad colaboradora y las correspondientes prohibiciones:

- Podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora las personas o entidades que se encuentren en la situación que fundamenta la concesión de la subvención o en las que concurren las circunstancias previstas en las bases reguladoras y en la convocatoria.
- No podrán obtener la condición de beneficiario o entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta Ley las personas o entidades en las que concurra alguna de las circunstancias siguientes, salvo que por la naturaleza de la subvención se exceptúe por su normativa reguladora:
  - Ser condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.
  - Solicitar la declaración de concurso, ser declarados insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declarados en concurso, salvo que en este hubiese adquirido la

eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o ser inhabilitados conforme a la Ley concursal, sin que concluya el período de inhabilitación fijado en la sentencia de cualificación del concurso.

- Dar lugar, por causa de la que fueran declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato suscrito con la Administración.
  - Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ejerzan la representación legal de otras personas jurídicas en alguno de los supuestos de incompatibilidades que establezca la normativa vigente.
  - No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social o tener pendiente de pago alguna otra deuda con la Administración pública de la Comunidad Autónoma en los términos que reglamentariamente se determinen.
  - Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.
- g) No hallarse al corriente de pago de obligaciones por reintegro de subvenciones en los términos que reglamentariamente se determine.
- h) Haber sido sancionado mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según esta ley o la Ley general tributaria.

En ningún caso podrán obtener la condición de entidad colaboradora de las subvenciones reguladas en esta ley las asociaciones incursas en las causas de prohibición previstas en los apartados 5 y 6 del artículo 4 de la Ley orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación.

Tampoco podrán obtener la condición de entidad colaboradora las asociaciones respecto de las que se suspendió el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios racionales de ilicitud penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 30.4 de la Ley orgánica 1/2002, en tanto no recaiga resolución judicial firme en virtud de la cual pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

Conforme a lo establecido en el artículo 12 de la LSG, son obligaciones de las entidades colaboradoras:



- a) Entregar a los beneficiarios los fondos recibidos de acuerdo con los criterios establecidos en las bases reguladoras de la subvención y en el convenio suscrito con la entidad concedente.
- b) Comprobar, en su caso, el cumplimiento y la efectividad de las condiciones o de los requisitos determinantes para su otorgamiento, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o el disfrute de la subvención.
- c) Justificar la entrega de los fondos percibidos ante el órgano concedente de la subvención y, en su caso, entregar la justificación presentada por los beneficiarios.
- d) Someterse a las actuaciones de comprobación que respecto de la gestión de dichos fondos pueda efectuar el órgano concedente, así como cualquier otra de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto estatales como comunitarios, para lo cual se aportará cuanta información sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

Entre la Administración y las entidades colaboradoras se formalizará un convenio de colaboración en el que se regularán las condiciones y obligaciones asumidas por esta (artículo 13.2 de la LSG). Cuando las entidades colaboradoras sean personas sujetas a derecho privado, se seleccionarán previamente mediante un procedimiento sometido a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación, y la colaboración se formalizará mediante convenio, salvo que por el objeto de la colaboración resulte de aplicación plena la Ley de contratos del sector público (artículo 13.4 de la LSG). Los convenios tendrán el contenido mínimo recogido en el artículo 13.2 de la LSG.

#### *B. Beneficiario:*

Según el artículo 8 de la LSG, tendrá la consideración de beneficiario de subvenciones la persona que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión.

Cuando el beneficiario sea una persona jurídica, y siempre que así se prevea en las bases reguladoras, los miembros asociados del beneficiario que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión de la subvención en nombre y por cuenta del primero tendrán igual la consideración de beneficiarios.

Cuando se prevea expresamente en las bases reguladoras, podrán acceder a la condición de beneficiario las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, las comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado que, aun careciendo de personalidad jurídica, puedan llevar a cabo los proyectos, las actividades o los comportamientos o se encuentren en la situación que motiva la concesión de la subvención.

Cuando se trate de agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas sin personalidad, deberán hacerse constar expresamente, tanto en la solicitud como en la resolución de concesión, los compromisos de ejecución asumidos por cada miembro de la agrupación, así como el importe de subvención a aplicar por cada uno de ellos, que tendrán igual la consideración de beneficiarios. En cualquiera caso, deberá nombrarse un representante o apoderado único de la agrupación, con poderes suficientes para cumplir las obligaciones que, como beneficiario, le corresponden a la agrupación.

El artículo 11 de la LSG recoge las obligaciones de los beneficiarios:

- a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.
- b) Justificar ante el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, el cumplimiento de los requisitos y de las condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.
- c) Someterse a las actuaciones de comprobación, que efectuará el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, así como a cualquier otra actuación, sea de comprobación y control financiero, que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto autonómicos como estatales o comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.
- d) Comunicarle al órgano concedente o a la entidad colaboradora la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades subvencionadas, así como la modificación de las circunstancias que hubieran fundamentado la concesión de la subvención. Esta comunicación deberá efectuarse en el momento en el que se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos

percibidos.

e) Acreditar, con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión que se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social y que no tiene pendiente de pago ninguna otra deuda con la Administración pública de la Comunidad Autónoma, en la forma que se determine reglamentariamente, y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional decimooctava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable al beneficiario en cada caso, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 3 del artículo 15 de esta Ley.

i) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos previstos en el artículo 33 de esta ley.

Son aplicables a los beneficiarios las prohibiciones contempladas para las entidades colaboradoras en el artículo 10 de la LSG.

### **3. Principios del sistema subvencional:**

De acuerdo con el dispuesto en el párrafo 2 del artículo 5, la gestión de las subvenciones se realizará de acuerdo con los siguientes principios:

a) Publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación.

b) Eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados por la Administración otorgante.

c) Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos.

#### **4. Establecimiento de la subvención:**

La LSG regula un procedimiento formalizado y riguroso mediante el cual trata de asegurarse que la propia creación de la subvención, incluso antes de su otorgamiento, se someta a pautas y criterios de racionalidad política, jurídica y financiera (SANTAMARÍA PASTOR). El procedimiento integra a estos fines tres trámites:

- a) Aprobación de un plan estratégico: los órganos de la Administración que propongan el establecimiento de subvenciones, con carácter previo, deberán concretar en un plan estratégico de subvenciones los objetivos y efectos que se pretenden con su aplicación, el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, y se supeditarán, en todo caso, al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (artículo 5.1 de la LSG).
- b) Comunicación previa del proyecto de creación a la Comunidad Europea: en aquellos casos en los que deban comunicarse los proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de una subvención deberán notificársele a la Comisión Europea de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en los términos que se establezcan reglamentariamente (artículo 6.1).
- c) Aprobación y publicación de las bases reguladoras de cada tipo de subvención: con carácter previo al otorgamiento de las subvenciones, deberán aprobarse las bases reguladoras de concesión en los términos establecidos en esta ley. Las bases reguladoras de cada tipo de subvención se publicarán en el *Diario Oficial de Galicia* y en la página web del órgano concedente (artículo 6.2 y 3).

El contenido mínimo de estas bases viene predeterminado en el artículo 14 de la LSG:

- a) Definición precisa del objeto de la subvención.
- b) Requisitos que deberán reunir los beneficiarios para la obtención de la subvención y, en su caso, de los miembros de las entidades previstas en el apartado 2 y segundo párrafo del apartado 3 del artículo 8, plazo y forma de acreditarlos y plazo y forma en que deben presentarse las solicitudes.
- c) Criterios objetivos de adjudicación de la subvención y, en su caso, ponderación de los

mismos.

- d) Cuantía individualizada de la subvención o criterios para su determinación.
- e) Procedimiento de concesión de la subvención.
- f) Órganos competentes para la ordenación, instrucción y resolución del procedimiento de concesión y plazo en el que será notificada la resolución.
- g) Composición, en su caso, del órgano colegiado evaluador previsto en el artículo 21 de esta ley.
- h) Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención o la ayuda pública y de la aplicación de los fondos percibidos.
- i) En el supuesto de prever la posibilidad de realizar abonos a la cuenta y anticipados, plazos, modo de pago y régimen particular de garantías que, en su caso, deban aportar los beneficiarios, así como aquellas otras medidas de garantía a favor de los intereses públicos que puedan considerarse precisas.
- j) Obligación del reintegro, total o parcial, de la subvención o de la ayuda pública percibida en el supuesto de incumplimiento de las condiciones establecidas para su concesión.
- k) Obligación del beneficiario de facilitar toda la información que le sea requerida por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, por el Tribunal de Cuentas y por el Consejo de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de fiscalización y control del destino de las subvenciones.
- l) En su caso, condiciones de solvencia y eficacia que tengan que reunir las entidades colaboradoras.
- m) Circunstancias que, como consecuencia de la alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, podrán dar lugar a la modificación de la resolución.
- n) Criterios de graduación de los posibles incumplimientos de condiciones impuestas con motivo de la concesión de las subvenciones. Estos criterios resultarán aplicables para determinar la cantidad que finalmente tenga que percibir el beneficiario o, en su caso, el

importe a reintegrar, y deberán responder al principio de proporcionalidad.

ñ) Información a los interesados de la existencia del Registro Público de Subvenciones y de los extremos previstos en el artículo 5 de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Asimismo, deberán prever la posibilidad de que los interesados hagan constar su derecho a que no se hagan públicos sus datos cuando concurra alguna de las causas previstas en la letra d) del apartado 2 del artículo 15 de esta ley.

o) Expresión de los recursos que procedan contra la resolución de la concesión, con indicación del órgano administrativo o judicial ante el que tengan que presentarse, plazo para interponerlos y demás requisitos exigidos por la normativa general aplicable.

p) Compatibilidad o incompatibilidad con otras subvenciones o ayudas para la misma finalidad, procedentes de cualquier otra Administración o de entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

Las bases reguladoras también deberán prever el uso y la aplicación de medios telemáticos en los procedimientos de concesión y justificación de las ayudas y subvenciones y de presentación y resolución de recursos sobre ellas. En estos supuestos deberán indicar los trámites que pueden ser cumplidos por esta vía y los medios electrónicos y sistemas de comunicación utilizables, que deberán ajustarse a las especificaciones establecidas por la consellería competente en materia de economía y hacienda.

## **5. Procedimientos de concesión de la subvención:**

a) Procedimiento en régimen de concurrencia competitiva:

El artículo 19 de la LSG dispone que el *procedimiento ordinario* de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva, que se define como el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza a través de la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que obtuvieran mayor valoración en aplicación de los

citados criterios.

Las bases reguladoras podrán excepcionar del requisito de fijar una orden de prelación entre las solicitudes presentadas que reúnan los requisitos establecidos cuando, por el objeto y la finalidad de la subvención, no sea necesario realizar la comparación y prelación de las solicitudes presentadas en un único procedimiento hasta el agotamiento del crédito presupuestario.

Excepcionalmente, siempre que así se prevea en las bases reguladoras, el órgano competente procederá al prorrateo, entre los beneficiarios de la subvención, del importe global máximo destinado a las subvenciones.

La tramitación del procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva se recoge en los artículos 20 a 24.

**b) Adjudicación directa:**

Junto al procedimiento general, la propia LSG regula los casos en los que las subvenciones pueden ser concedidas de forma directa (artículo 19.4):

a) Las subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma en los términos recogidos en los convenios y en la normativa reguladora de estas subvenciones.

b) Aquellas cuyo otorgamiento o cuantía les vengan impuestos a la Administración por una norma de rango legal, que seguirán el procedimiento de concesión que les resulte aplicable de acuerdo con su propia normativa.

c) Con carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en las que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

**6. Publicidad:**

A tenor del artículo 15 de la LSG, los órganos administrativos concedentes publicarán en el *Diario Oficial de Galicia* las subvenciones concedidas con expresión de la convocatoria, el programa y crédito presupuestario al que se imputen, el beneficiario, la cantidad concedida y la finalidad o finalidades de la subvención. Igualmente, lo harán en la

correspondiente página web oficial en los términos previstos en el artículo 13.4 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la administración pública gallega.

No será necesaria la publicación en los siguientes supuestos:

- a) Cuando las subvenciones públicas tengan asignación nominativa en los presupuestos.
- b) Cuando su otorgamiento y su cuantía, a favor de beneficiario concreto, resulten impuestos en virtud de norma de rango legal.
- c) Cuando los importes de las subvenciones concedidas, individualmente consideradas, sean de cuantía inferior a 3.000 euros. En este supuesto, las bases reguladoras deberán prever la utilización de otros procedimientos que, de acuerdo con sus especiales características, cuantía y número, aseguren la publicidad de los beneficiarios de las mismas y deberán, en todo caso, publicarse en la página web oficial del órgano administrativo concedente en los términos establecidos en la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega.
- d) Cuando la publicación de los datos del beneficiario en razón del objeto de la subvención pueda ser contraria al respeto y salvaguarda del honor y a la intimidad personal y familiar de las personas físicas en virtud del establecido en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y sea previsto en su normativa reguladora.

Los beneficiarios deberán dar la adecuada publicidad del carácter público de la financiación de programas, actividades, inversiones o actuaciones de cualquier tipo que sean objeto de subvención.

## **7. Justificación de las subvenciones:**

El artículo 28 de la LSG exige la justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos previstos en el acto de concesión de la subvención. La justificación puede revestir la forma de cuenta justificativa del gasto realizado o puede acreditarse dicho gasto por módulos o mediante la presentación de estados contables, según se disponga en la normativa reguladora.

El rendimiento de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio del beneficiario o de



la entidad colaboradora, en la que se deben incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes de gasto o cualquiera otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la subvención pública. La forma de la cuenta justificativa y su plazo de rendimiento vendrán determinados por las correspondientes bases reguladoras de las subvenciones públicas.

A falta de previsión de las bases reguladoras, la cuenta deberá incluir declaración de las actividades realizadas que fueron financiadas con la subvención y su coste, con el detalle de cada uno de los gastos incurridos, y su presentación se realizará, como máximo, en el plazo de tres meses desde la finalización del plazo para la realización de la actividad (apartado 2 del artículo 28).

Los gastos se acreditarán mediante facturas y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o con eficacia administrativa. La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario (apartado 3 del artículo 28).

Cuando el beneficiario esté sujeto al régimen de contabilidad empresarial, constituirá un medio de justificación la presentación de las cuentas del ejercicio donde se reflejen las operaciones relacionadas con la subvención concedida, elaboradas según normas de contabilidad recogidas en las disposiciones aplicables (apartado 4 del artículo 28).

En las subvenciones concedidas a otras administraciones públicas o entidades vinculadas o dependientes de aquellas y a las universidades, la justificación podrá consistir en la certificación de la intervención o del órgano que tenga atribuidas las facultades de control de la toma de razón en contabilidad y del cumplimiento de la finalidad para la que fue concedida. No obstante, para aquellas ayudas y subvenciones que se concedan con cargo a créditos financiados con recursos procedentes de la Unión Europea, la justificación de los gastos se efectuará con facturas o documentos contables de valor probatorio equivalente, y la del pago, con los justificantes de las transferencias bancarias o documentos acreditativos de los pagos realizados, de acuerdo con la normativa aplicable a los fondos europeos. Todo esto sin perjuicio de la admisibilidad de la justificación mediante fórmulas de costes simplificados en los supuestos admitidos por dicha normativa (apartado 5 del

artículo 28).

Cuando las actividades hubieran sido financiadas, además de con la subvención, con fondos propios u otras subvenciones o recursos, deberá acreditarse en la justificación el importe, la procedencia y la aplicación de tales fondos a las actividades subvencionadas (apartado 6 del artículo 28).

En el supuesto de adquisición de bienes inmuebles, debe aportarse, además, un certificado de tasador independiente debidamente acreditado e inscrito en el correspondiente registro oficial (apartado 7 del artículo 28).

Los miembros de las personas jurídicas beneficiarias de la subvención y de las agrupaciones de personas físicas y jurídicas sin personalidad vendrán obligados a cumplir los requisitos de justificación respecto de las actividades realizadas en nombre y por cuenta del beneficiario. Esta documentación formará parte de la justificación que viene obligado a rendir el beneficiario que solicitó la subvención (apartado 8 del artículo 28).

Las subvenciones que se concedan en atención a la concurrencia de una determinada situación en el perceptor no requerirán otra justificación que la acreditación por cualquier medio admisible en derecho de dicha situación previamente a la concesión, sin perjuicio de los controles que hubieran podido establecerse para verificar su existencia (apartado 9 del artículo 28).

El incumplimiento de la obligación de justificación de la subvención en los términos establecidos en este capítulo o su justificación insuficiente llevará consigo el reintegro (apartado 10 del artículo 28), a lo cual se hará referencia más adelante.

## **8. Gastos subvencionables:**

El artículo 29 de la LSG dedica sus diversos apartados a regular los gastos subvencionables, es decir, “aquéllos que de manera indudable respondan a la naturaleza de la actividad subvencionada y se realicen en el plazo establecido por las diferentes bases reguladoras de las subvenciones”:

1º. En ningún caso el coste de adquisición de los gastos subvencionables podrá ser superior al valor de mercado.

2º. Salvo disposición expresa en contrario en las bases reguladoras de las subvenciones,

se considerará gasto realizado el que fue efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del período de justificación determinado por la normativa reguladora de la subvención.

3º. Cuando el importe del gasto subvencionable supere las cuantías establecidas en el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, para el contrato menor, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contratación del compromiso para la obra, prestación del servicio o entrega del bien, salvo que por sus especiales características no exista en el mercado suficiente número de entidades que las realicen, presten o suministren, o salvo que el gasto se hubiera realizado con anterioridad a la solicitud de la subvención.

4º. En el supuesto de adquisición, construcción, rehabilitación y avance de bienes inventariables, se seguirán las siguientes reglas:

a) Las bases reguladoras fijarán el período durante el cual la persona beneficiaria deberá destinar los bienes al fin concreto para el cual se concedió la subvención, que no podrá ser inferior a cinco años en caso de bienes inscribibles en un registro público, ni a dos años para el resto de bienes. En el caso de bienes inscribibles en un registro público, deberá hacerse constar en la escritura esta circunstancia, así como el importe de la subvención concedida, debiendo ser objeto estos extremos de inscripción en el registro público correspondiente.

b) El incumplimiento de la obligación de destino referido en la letra anterior, que se producirá en todo caso con la enajenación o el gravamen del bien, será causa de reintegro, quedando el bien afecto al pago del reintegro cualquiera que sea su poseedor, salvo que resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral o se justifique la adquisición de los bienes con buena fe y justo título o en establecimiento mercantil o industrial, en caso de bienes muebles no inscribibles.

5º. No se considerará incumplida la obligación de destino cuando:

a) Tratándose de bienes no inscribibles en un registro público, hayan sido sustituidos por otros que sirvan en condiciones análogas al fin para el cual se concedió la subvención y

este uso se mantenga hasta completar el período establecido, siempre que la sustitución hubiera sido autorizada por la administración concedente.

b) Tratándose de bienes inscribibles en un registro público, el cambio de destino, enajenación o gravamen sea autorizado por la Administración concedente. En este supuesto, el adquirente asumirá la obligación de destino de los bienes por el período restante y, en el supuesto de incumplimiento de la misma, del reintegro de la subvención.

6º. Las bases reguladoras de las subvenciones establecerán, en su caso, las reglas especiales que se consideren oportunas en materia de amortización de los bienes inventariables. No obstante, el carácter subvencionable del gasto de amortización estará sujeto a las siguientes condiciones:

- a) Que las subvenciones no hayan contribuido a la compra de los bienes.
- b) Que la amortización se calcule de conformidad con las normas de contabilidad generalmente aceptadas.
- c) Que el coste se refiera exclusivamente al período subvencionable.

7º. Los gastos financieros, los gastos de asesoría jurídica o financiera, los gastos notariales y registrales y los gastos periciales para la realización del proyecto subvencionado y los de administración específicos son subvencionables si están directamente relacionados con la actividad subvencionada y son indispensables para la adecuada preparación o ejecución de la misma, y siempre que así se prevea en las bases reguladoras. Con carácter excepcional, los gastos de garantía bancaria podrán ser subvencionados cuando así lo prevea la normativa reguladora de la subvención.

En ningún caso serán gastos subvencionables:

- a) Los intereses deudores de las cuentas bancarias.
- b) Los intereses, recargos y sanciones administrativas y penales.
- c) Los gastos de procedimientos judiciales.

8º. Los tributos son gasto subvencionable cuando la persona beneficiaria de la subvención los abona efectivamente. En ningún caso se consideran gastos subvencionables los impuestos indirectos cuando sean susceptibles de recuperación o compensación ni los

impuestos personales sobre la renta.

9º. Los costes indirectos formarán parte de la justificación de la subvención siempre que las bases reguladoras así lo prevean, siempre que se hubieran imputado por el beneficiario a la actividad subvencionada en la parte que razonablemente corresponda de acuerdo con principios y normas de contabilidad generalmente admitidas y, en todo caso, en la medida en la que tales costes correspondan al período en el que efectivamente se realiza la actividad.

## **9. Comprobación de subvenciones:**

El artículo 30 de la LSG dispone que el órgano concedente comprobará la adecuada justificación de la subvención, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

En las subvenciones de capital superiores a 60.000 euros, en su cómputo individual, destinadas a inversiones en activos tangibles, será requisito imprescindible la comprobación material de la inversión por el órgano concedente, y quedará constancia en el expediente mediante acta de conformidad firmada, tanto por el representante de la administración como por el beneficiario. La comprobación material se podrá encomendar a otro órgano distinto del que concedió la subvención.

Excepcionalmente, la comprobación material se podrá sustituir por una justificación documental que constate de forma razonable y suficiente la realización de la actividad subvencionada.

La entidad colaboradora, en su caso, realizará, en nombre y por cuenta del órgano concedente, las comprobaciones previstas.

La Administración concedente podrá comprobar el valor de mercado de los gastos subvencionables por uno o varios de los siguientes medios:

- a) Precios de mercado.
- b) Cotizaciones de mercados nacionales y extranjeros.
- c) Estimación por referencia a los valores recogidos en los registros oficiales de carácter fiscal.

- d) Dictamen de peritos de la Administración.
- e) Tasación pericial contradictoria.
- f) Cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

### **10. Procedimiento de reintegro de la subvención:**

El artículo 32 de la LSG señala que "son causas de nulidad de la resolución de concesión:

a) Las indicadas en el artículo 62.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 del Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia.

2. Son causas de anulabilidad de la resolución de concesión las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, de las reglas contenidas en la presente ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

3. Cuando el acto de concesión incurriera en alguno de los supuestos mencionados en los apartados anteriores, el órgano concedente procederá a su revisión de oficio o, en su caso, a la declaración de lesividad y ulterior impugnación, de conformidad con lo establecido en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

4. La declaración judicial o administrativa de nulidad o anulación llevará consigo la obligación de devolver las cantidades percibidas.

5. No procederá la revisión de oficio del acto de concesión cuando concurra alguna de las causas de reintegro contempladas en el artículo siguiente."

Según el artículo 33, "También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en la que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

- a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquellas que lo hubieran impedido.
- b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad o del proyecto o no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.
- c) Incumplimiento de la obligación de justificación o justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 28 de esta ley y, en su caso, en las normas reguladoras de la subvención.
- d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 3 del artículo 15 de esta ley.
- e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 11 y 12 de esta Ley, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualquier Administración o ente público o privado, estatal, de la Unión Europea o de organismos internacionales.
- f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y a los beneficiarios, así como de los compromisos por estos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se consiguen los objetivos, se realiza la actividad, se ejecuta el proyecto o se adopta el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.
- g) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades colaboradoras y a los beneficiarios, así como de los compromisos por estos asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualquier Administración o ente público o privado, estatal, de la Unión Europea o de

organismos internacionales.

h) Adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual derive una necesidad de reintegro.

- En los demás supuestos contemplados en la normativa reguladora de la subvención.”

Según el artículo 35, “Prescribirá a los cuatro años el derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro.

2. Este plazo se computará, en cada caso:

a) Desde el momento en que venció el plazo para presentar la justificación por parte del beneficiario o entidad colaboradora.

b) Desde el momento de la concesión, en el supuesto previsto en el apartado 9 del artículo 28.

c) En el supuesto de que se hubieran establecido condiciones u obligaciones que debieran ser cumplidas o mantenidas por parte del beneficiario o entidad colaboradora durante un periodo determinado de tiempo, desde el momento en que venció dicho plazo.

3. El cómputo del plazo de prescripción se interrumpirá:

a) Por cualquier acción de la Administración, realizada con conocimiento formal del beneficiario o de la entidad colaboradora, que conduzca a determinar la existencia de alguna de las causas de reintegro.

b) Por la interposición de recursos de cualquier clase, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción penal o por la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal, así como por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del beneficiario o de la entidad colaboradora en el curso de dichos recursos.

c) Por cualquier actuación fehaciente del beneficiario o de la entidad colaboradora conducente a la liquidación de la subvención o del reintegro.”

Las reglas de competencia y el procedimiento de reintegro se regulan en los artículos 37 y siguientes de la LSG:

Artículo 37. Competencia para la resolución del procedimiento de reintegro



El órgano concedente será el competente para exigir del beneficiario o entidad colaboradora el reintegro de subvenciones mediante la resolución del procedimiento regulado en este capítulo, cuando aprecie la existencia de alguno de los supuestos de reintegro de cantidades percibidas establecidos en el artículo 33 de la presente ley, sin perjuicio de las facultades atribuidas a otros órganos para la ejecución del acuerdo.

#### Artículo 38. Procedimiento de reintegro

1. El procedimiento de reintegro de subvenciones se regirá por las disposiciones generales sobre procedimientos administrativos contenidas en el título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades que se establecen en la presente ley y en sus disposiciones de desarrollo.
2. El procedimiento de reintegro de subvenciones se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente, bien a propia iniciativa, bien como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia. También se iniciará a consecuencia del informe de control financiero emitido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma.
3. En la tramitación del procedimiento se garantizará, en todo caso, el derecho del interesado a la audiencia.
4. Cuando el procedimiento de reintegro se inicie como consecuencia de informe de control financiero de la Intervención General y, como consecuencia del trámite de audiencia, el órgano gestor se vaya a separar del dictamen del informe de control, antes de dictar la resolución del procedimiento formulará discrepancia de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente.
5. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento de reintegro será de doce meses desde la fecha del acuerdo de la iniciación. Dicho plazo podrá suspenderse y ampliarse de acuerdo con lo previsto en los apartados 5 y 6 del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Si transcurre el plazo para resolver sin que se haya notificado resolución expresa, se

producirá la caducidad del procedimiento, sin perjuicio de continuar las actuaciones hasta su terminación y sin que se considere interrumpida la prescripción por las actuaciones realizadas hasta la finalización del citado plazo.

6. La resolución del procedimiento de reintegro pondrá fin a la vía administrativa.

#### Artículo 39. Retención de pagos

1. Una vez acordada la iniciación del procedimiento de reintegro, como medida cautelar, el órgano concedente puede acordar, a iniciativa propia o de una decisión de la Comisión Europea o a propuesta de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, la suspensión de los libramientos de pago de las cantidades pendientes de abonar al beneficiario o entidad colaboradora, sin superar, en ningún caso, el importe que fijen en la propuesta o resolución de iniciación del expediente de reintegro, con los intereses de demora devengados hasta aquel momento.

2. La imposición de esta medida cautelar debe acordarse por resolución motivada, que debe notificarse al interesado, con indicación de los recursos pertinentes. Asimismo, se comunicará al órgano competente para la ordenación de pagos, que hará efectiva la retención del pago hasta el importe objeto de retención.

3. En todo caso, procederá la suspensión si existen indicios racionales que permitan prever la imposibilidad de obtener el resarcimiento, o si éste puede verse frustrado o gravemente dificultado y, en especial, si el perceptor hace actos de ocultación, gravamen o disposición de sus bienes.

4. La retención de pagos estará sujeta, en cualquiera de los supuestos anteriores, al siguiente régimen jurídico:

a) Debe ser proporcional a la finalidad que se pretende conseguir y en ningún caso debe adoptarse si puede producir efectos de difícil o imposible reparación.

b) Debe mantenerse hasta que se dicte la resolución que pone fin al expediente de reintegro, y no puede superar el periodo máximo que se fije para su tramitación, incluidas prórrogas.

c) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, debe levantarse cuando desaparezcan las circunstancias que la originaron o cuando el interesado proponga la

sustitución de esta medida cautelar por la constitución de una garantía que se considere suficiente.

#### Artículo 40. Compensación de deudas

En los supuestos y con los requisitos que se establezcan reglamentariamente, podrán extinguirse total o parcialmente por compensación las deudas de naturaleza pública a favor de la hacienda de la Comunidad Autónoma que se encuentren en fase de gestión recaudatoria, tanto voluntaria como ejecutiva, con los créditos reconocidos por la misma en favor del deudor.

**ACTUALIZADO POR ANA GONZÁLEZ DE VICENTE**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 28**

**LA EXPROPIACIÓN FORZOSA. SU JUSTIFICACIÓN Y NATURALEZA. LEGISLACIÓN VIGENTE: LA REPARTICIÓN COMPETENCIAL. SUJETOS, OBJETO Y CAUSA DE EXPROPIACIÓN. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO GENERAL. PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA. LA REVERSIÓN DEL BIEN EXPROPIADO. GARANTÍAS DEL EXPROPIADO. EL JURADO DE EXPROPIACIÓN FORZOSA DE GALICIA.**

**TEMA 28. LA EXPROPIACIÓN FORZOSA. SU JUSTIFICACIÓN Y NATURALEZA. LEGISLACIÓN VIGENTE: LA REPARTICIÓN COMPETENCIAL. SUJETOS, OBJETO Y CAUSA DE LA EXPROPIACIÓN. EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO GENERAL. PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA. LA REVERSIÓN DEL BIEN EXPROPIADO. GARANTÍAS DEL EXPROPIADO. EL JURADO DE EXPROPIACIÓN FORZOSA DE GALICIA.**

**LA EXPROPIACIÓN FORZOSA**

A).- Concepto.

De una forma muy genérica podemos considerar la expropiación forzosa como una limitación del derecho de disponer, que integra el derecho de propiedad, que obliga al propietario de una cosa o derecho a perderla en beneficio de una Administración, mediante precio

GARRIDO FALLA define la expropiación forzosa como aquella institución de derecho público que consiste en la transferencia coactiva de un derecho o de un interés patrimonial legítimo, de un particular a la Administración, por razones de utilidad pública e interés social, y mediante el pago de un justiprecio o valor económico. Esta definición contiene sus notas características de la institución expropiatoria: 1ª Que la expropiación es una transferencia coactiva. Lo que hace de ella una institución de Derecho Público y 2ª El expropiado tiene derecho a recibir una indemnización equivalente al valor económico de la cosa expropiada

En la actualidad, como veremos, esta institución aparece regulada por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, que la define en su artículo 1 (definición legal) como cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique renta, permuta, cesión, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

B).- Antecedentes.

La expropiación forzosa tal y como hoy la conocemos, tiene un origen muy moderno.

Con su actual carácter de garantía de la inviolabilidad del derecho de propiedad no aparece hasta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de donde pasa posteriormente al Código Napoleónico y posteriormente a las modernas leyes europeas.

Por lo que se refiere a nuestros textos constitucionales, la Constitución de Cádiz, proclamó que el Rey no puede tomar propiedad de ningún particular ni turbarle en la posesión y aprovechamiento de la misma. El más alto techo de protección se alcanza con la Constitución de 1869, que añadió a las garantías anteriormente reconocidas la necesidad de procedimiento.

Un cambio importante lo introduce la Constitución republicana de 1931, que consagra el principio *de que toda clase de bienes podía ser objeto de expropiación*.

Por último la Constitución de 1978, contiene varias alusiones a la institución expropiatoria: 1) El artículo 33 que recoge: "nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad público o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes 2) La segunda mención es de orden competencial y se recoge en el 149.1.18ª en el que se reserva al Estado la competencia para dictar la "legislación sobre expropiación forzosa"

## **SU JUSTIFICACIÓN Y NATURALEZA**

### **A).- Justificación.**

La consagración que de la expropiación forzosa hacen los artículos 33 de la CE y el artículo 349 del CC, muestra una subordinación de los intereses particulares a los generales.

Para GARCIA DE ENTERRIA, es un poder que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado y su justificación entra dentro de la justificación del poder del Estado en abstracto. Por su parte GARRIDO FALLA considera que la justificación de la institución se encuentra , de una parte, en la necesidad que la Administración puede sentir , para satisfacer necesidades públicas, de bienes que estén en manos de particulares; de otra , en el carácter subordinado y condicionado al interés público con que se configura el derecho de propiedad.

La expropiación forzosa constituye una garantía del derecho de propiedad privada,

pues asegura una compensación económica justa a los particulares que por razones de utilidad pública o interés social se ven privados de sus derechos o bienes de contenido patrimonial.

Por su parte la Ley de Expropiación forzosa, considera que el fundamento de la institución reside en la exigencia de la subordinación de la propiedad privada a los fines o intereses públicos.

### C).- Naturaleza

La naturaleza jurídica de la EF ha dado lugar a dos grandes grupos de teorías: las teorías privatistas (de derecho privado) y las teorías iuspublicistas (de derecho público).

#### a) Desde una perspectiva privatista:

- Para unos (Código Civil (artículo 1456) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo) es una ENAJENACIÓN FORZOSA, por causa de utilidad pública o interés social
- Para otros (GARRIDO FALLA) es una TRANSFERENCIA COACTIVA de la propiedad.

#### b) Desde una perspectiva publicista:

- Para unos es una prestación obligatoria in natura (una prestación de dar o hacer de los particulares a favor de la Administración).
- Para ROYO VILANOVA es una limitación del dominio. LÓPEZ RODÓ, considera es una modificación objetiva de la propiedad.

GARCÍA DE ENTERRÍA, estima, que es una potestad administrativa, que tiene como características básicas:

1. Supone un modo de pérdida y transmisión de la propiedad a otro titular.
2. El expropiado está en una situación de sujeción o sometimiento
3. El objeto expropiado se substituye por su equivalente económico.
4. Supone un medio o instrumento de intervención administrativa en la propiedad privada

para satisfacer el interés general (y por tanto es una limitación de la propiedad).

### **LEGISLACIÓN VIGENTE: REPARTO COMPETENCIAL**

La Legislación general u ordinaria sobre esta materia está constituida por la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y su Reglamento de 26 de abril de 1957

Además, debemos mencionar la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenamiento de la Edificación y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de junio de 1997, que se pronuncia sobre la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 126.2 de la Ley de Expropiación Forzosa.

En cuanto a las leyes especiales reguladoras de esta materia, hemos de mencionar lo siguiente, la Disposición final tercera de la Ley de Expropiación Forzosa preveía que, mediante Decreto, se fijarían las disposiciones anteriores a ella que deberían continuar en vigor, lo que se llevó a cabo por Decreto de 23 de diciembre de 1955. Sin embargo, son mucho más importantes las disposiciones posteriores a la Ley de Expropiación Forzosa que han incidido sobre su regulación. Entre éstas pueden citarse:

1º. La Ley de Minas de 21 de julio de 1973.

2º. La Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, que regula las expropiaciones urbanísticas, actualmente derogada por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, que entró en vigor el 1 de julio, y también regula las valoraciones del suelo y la expropiación por causa urbanística.

3º. La Ley de Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985.

4º El art. 24 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Hay que señalar, además, que algunos Estatutos de Autonomía de Comunidades Autónomas como Cataluña, País Vasco, Galicia, Andalucía, Valencia o Navarra, han recabado para las mismas las correspondientes facultades de desarrollo legislativo y ejecución de esta materia, en el marco de la legislación básica del Estado. A este respecto, hay que recordar, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, que el artículo 149.1.18º de la actual Constitución



atribuye al Estado la legislación sobre expropiación forzosa, sin matices ni limitaciones de ningún tipo, a diferencia de lo que ocurre con otras materias en las que se permite un desdoblamiento del poder del legislador, pudiendo distinguirse entre una legislación básica estatal y un desarrollo legislativo de la misma por las Asambleas Legislativas autonómicas.

Si este desdoblamiento no es posible respecto de la materia de la expropiación forzosa, se plantea el problema de determinar cómo se entiende esa llamada de los Estatutos, no a facultades de simple ejecución, sino a verdaderas competencias de desarrollo legislativo.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de marzo de 1987, dictada a propósito de la Ley andaluza de Reforma ha resuelto la inicial confusión sobre esta cuestión. Señala la Sentencia que la Constitución ha impuesto una uniformidad normativa que supone unas idénticas garantías expropiatorias en todo el territorio y, en consecuencia, el respeto a los criterios y a la sistematización de valoración del justiprecio y el procedimiento expropiatorio. Esa es la competencia exclusiva que, al Estado, reserva el artículo 149.1.18º de la Constitución, lo cual no impide, continua la Sentencia, que por ley autonómica puedan establecerse los casos o supuestos en que cabe hacer uso del instituto expropiatorio y a lo que hay que añadir, sin duda, la competencia autonómica para el desarrollo legislativo en relación con los aspectos organizativos.

## **SUJETOS , OBJETO Y CAUSA DE LA EXPROPIACION**

1.- Sujetos.- En toda expropiación aparecen tres sujetos que son: el expropiante, el beneficiario y el expropiado.

a-) El expropiante o titular de la potestad expropiatoria.- Según los **ART.2.1. LEF** y **ART.3 REF** se entiende por expropiante **el titular de la potestad expropiatoria**. La LEF reserva el ejercicio de la potestad expropiatoria a la Administración Pública en sus diversas esferas territoriales. La expropiación forzosa, dice, solo podrá ser acordada por el Estado, la Provincia y el Municipio (art.2.1), A estos sujetos deben añadirse las Comunidades Autónomas, en cuanto Entes de carácter territorial, pues no puede obviarse el hecho de que muchas de las competencias que la Constitución les reconoce, requiere el ejercicio de la potestad expropiatoria. y así se hace constar en sus respectivos Estatutos de autonomía

y se deducía del [ART.12 y 20](#) de la Ley del Proceso Autonómico(Ley 12/1983 de 14-OCT-1983) (STS 6-FB-1985 R. Az.724). A esta afirmación deben hacerse las siguientes precisiones:

- 1.- Solo corresponde la potestad expropiatoria a las **Administraciones Públicas territoriales** y no a los demás entes públicos (instrumentales, corporativos de base asociativa, empresas públicas) que sólo podrán ser, a los sumo, beneficiarios de la expropiación
- 2.- Los **órganos que han de actuar en concreto** vienen especificados por el [ART.3 REF](#) y son los siguientes:

En el caso del **Estado** corresponde al Gobernador civil (hoy el Delegado del Gobierno ss [ART.23.7 LOFAGE 14-AB-1997](#) aunque no se contiene una previsión semejante para los Subdelegados del Gobierno en el [ART.29 LOFAGE](#)) la representación ordinaria del Estado en los expedientes expropiatorios, salvo en los casos en que la Ley, este Reglamento o norma especial con rango de Decreto hayan establecido la competencia de autoridad distinta; el [ART.98 LEF](#) prevé el ejercicio de esta facultad en las expropiaciones por causa de obras públicas por los Ingenieros Jefes del servicio respectivo. Junto a estas previsiones de la LEF y su Reglamento , existen numerosas normas atributivas de competencia expropiatoria a distintos órganos de la Administración General del Estado,

En el caso de las **CCAA** no existe una regla general, con lo que hay que estar a lo que, en cada caso, establezcan sus normas orgánicas; ante la inexistencia de una autoridad periférica de alcance general, esta competencia suele corresponder a cada uno de los miembros del Consejo de Gobierno. En la CCAA de Galicia la Ley 1/1983 de la Xunta y su Presidente atribuye la potestad expropiatoria al Conselleiro en el ámbito de su Consellería.

En el caso de las **Entidades Locales, el artículo 3.4 del REF** atribuye esta potestad al Presidente de la Diputación o al Alcalde: i) esto se entiende sin perjuicio de la competencia del Delegado del Gobierno en el supuesto regulado por el [ART.18 LEF](#), que prevé su intervención en el trámite de necesidad de ocupación a los efectos de publicar la relación de bienes y derechos a expropiar ii) estos principios no serán de aplicación en

cuanto las normas de régimen local o de urbanismo a que se refiere el **ART.85 LEF** establezcan criterios especiales de competencia.

- Pero es la ley estatal la que fija las condiciones sustantivas y formales a que el ejercicio de la potestad debe atenerse.

b-) Beneficiario de la expropiación.- Conforme al **ART.31. REF** se entiende por beneficiario, el **sujeto que representa el interés público o social para cuya realización está autorizado a instar de la Administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria, y que adquiere el bien o derecho expropiados** Con relación a él hay que señalar lo siguiente.

1.- La posición del beneficiario puede coincidir con la del expropiante cuando la Administración expropia para sí, pero la figura se singulariza y adquiere relieve conceptual cuando la Administración expropiante actúa en beneficio de un tercero portador de un interés público o social y al que se le imputa el deber de indemnizar al expropiado.

2.- El **ART.2 LEP** determina **quienes pueden tener la condición de beneficiario**; así podrán ser beneficiarios de la expropiación forzosa: i) por **causa de utilidad pública** las entidades y concesionarios a los que se reconozca legalmente esta condición; ii) por **causa de interés social** podrá ser beneficiario, aparte de las indicadas, cualquier persona natural o jurídica en la que concurran los requisitos señalados por la Ley especial necesaria a estos efectos. En cualquiera de los dos casos, **la condición jurídica de beneficiario, sólo venir determinada por la ley**, si bien ésta puede determinar tal condición ad relationem, por una situación concreta que puede ser automática (ej. ART.64.2 LS 1976) o requerir una previa calificación

3.- En cuanto a la **posición del beneficiario** cuando no concurran en el mismo sujeto las cualidades de expropiante y beneficiario, los **ART.4 y 5 REF** delimitan sus respectivas responsabilidades y facultades:

3.a-) El **titular de la potestad expropiatoria**, le corresponderá: i) ejercerla en favor del beneficiario, a instancia del mismo (lo que revela que el reconocimiento de la condición de beneficiario faculta pero no obliga a ejercer el beneficio STS 31-OCT-1978);

ii) decidir ejecutoriamente en cuanto a la procedencia y extensión de las obligaciones del beneficiario respecto al expropiado y iii) adoptar todas las demás resoluciones que impliquen ejercicio de dicha potestad, sin perjuicio de la intervención, facultades y obligaciones que al beneficiario atribuye el artículo siguiente ART.4 REF.

3.b-)Corresponderá a las **personas o entidades que ostentan la condición de beneficiarios** de la expropiación forzosa solicitar de la respectiva Administración expropiante la iniciación del expediente expropiatorio en su favor, En el curso del expediente tendrán atribuidas los beneficiarios las siguientes facultades y obligaciones (típicas de un interesado):

Como parte en el expediente expropiatorio, impulsar el procedimiento e informar a su arbitrio sobre las incidencias y pronunciamientos del mismo.

- Formular la relación a que se refiere el artículo 17 de la Ley de necesaria ocupación.
- Convenir libremente con el expropiado la adquisición amistosa a que se refiere el artículo 24 de la Ley.
- Actuar en la pieza separada de justiprecio, a los efectos de presentar la hoja de aprecio a que se refiere el artículo 30 de la Ley, y de aceptar o rechazar la valoración propuesta por los propietarios.
- Pagar o consignar en su caso, la cantidad fijada como justo precio.
- Abonar las indemnizaciones de demora que legalmente procedan por retrasos que le sean imputables.
- Las obligaciones y derechos derivados de la reversión ; y
- Los demás derechos y obligaciones establecidos en la Ley y en este Reglamento.

3.c-) La legislación sobre expropiación forzosa también ha puesto en manos del beneficiario las siguientes **garantías**: i) el derecho a impugnar los actos decisorios del procedimiento ART.126 LEF y ART.140 REF sin perjuicio de la impugnación de la negativa de la Administración del reconocimiento de su situación; ii) el derecho a mantener la

validez de las operaciones expropiatorias realizadas y, en especial, del justiprecio expropiatorio, que se manifiesta en el derecho a la audiencia en los trámites resolutivos de los recursos administrativos interpuestos por el expropiado y en el derecho a intervenir en el recurso contencioso-administrativo como demandado; ii) en cuanto a la renuncia a la condición de beneficiario, la jurisprudencia (STS 2-JN-1989 R.Az 4308 y STS 3-AB-1990 R.Az 2852) ha declarado que no es posible desistir de una expropiación ya consumada al haberse producido la ocupación material del terreno o por haberse fijado su justiprecio; ahora bien, en los supuestos de expropiación por causa de utilidad pública la renuncia a la condición de beneficiario va a estar determinada por la relación subyacente entre el beneficiario y la Administración (ej. la concesión).

c-) El expropiado.- Según el ART.3.1 REF tiene la condición de expropiado, **el propietario o titular de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable, o titular del derecho objeto de la expropiación, dicho en términos sencillos , es el dueño de la cosa o titular del derecho o interés que se expropia**. Por lo tanto, el expropiado tiene un básico derecho a participar como interesado en el procedimiento y, en el plano sustantivo, a percibir la indemnización expropiatoria. La figura del expropiado plantea las siguientes cuestiones:

1.- Esta condición de expropiado no es una condición personal, es una **cualidad ob rem o propter rem**, es decir, dicha condición viene determinada por la relación del sujeto con el objeto de la expropiación (STS 26-JN-1992 R.Az 4721); como consecuencia de ello, el ART.7 LEF señala que las **transmisiones de dominio o de cualesquiera otros derechos o intereses** no impedirán la continuación de los expedientes de expropiación forzosa y **se considerará subrogado el nuevo titular en las obligaciones y derechos del anterior**;

2.- Ha de **determinarse si existen sujetos que, por su cualidad subjetiva pueden quedar excluidos de la condición de expropiado**. Dado el carácter ob rem de la condición de expropiado y de la generalidad de la misma que se deriva del ART.1 LEF ("...cualquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan...") cabe señalar que **ningún sujeto, ni de Derecho Privado** (incluso extranjeros) **ni de Derecho**

**Público** (Estado, Administraciones territoriales, Estados y entidades extranjeras...) **puede pretender por su sola cualidad subjetiva o status subjetivo una exención o franquicia legal frente al ejercicio de la potestad expropiatoria** por una Administración territorial. Ahora bien: i) pueden existir exenciones , no en función de la cualidad subjetiva, sino de la naturaleza de los bienes de que sean titulares, como los bienes de dominio público; ii) y en determinados casos es necesario cumplir formalidades adicionales para llevar a cabo la expropiación:

- Es el caso de los Estados extranjeros en relación con los locales de las Misiones Diplomáticas y Consulares y el caso de la Iglesia Católica

3.- Es necesario **determinar que titulares de que situaciones jurídicas en relación con el objeto expropiado tiene derecho a ser considerados como tales**. A tal efecto debe reconocerse la condición de expropiado:

- a) las **titularidades principales**, es decir "al propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación",
- b) pero también a las **titularidades secundarias**, es decir, a "los titulares de derechos reales e intereses económicos directos sobre la cosa expropiable" (la LEF menciona expresamente a los arrendatarios rústicos y urbanos a los que la jurisprudencia añade, como titulares de intereses económicos directos, a los aparceros, los precaristas, al titular de un permiso y a los titulares de derechos reales de: censo, usufructo e hipoteca) en dos casos:
  - Que lo soliciten, acreditando su condición debidamente.
  - Que la titularidad secundaria conste formalmente en los registros Públicos o fiscales, en cuyo caso será preceptiva su citación en el expediente de expropiación.

4.- Desde una **perspectiva formal o procedimental**, para determinar la condición de expropiado y por tanto de propietario de la cosa o titular del derecho objeto de explotación, la Administración expropiante debe observar las siguientes reglas:

4.a-) Salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular. i) a quien con este carácter **conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad**, ii) en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en **registro fiscales** iii) o, finalmente, al que lo sea **pública y notoriamente**

4.b-) También serán parte en el expediente **quienes presenten títulos contradictorios sobre el objeto que se trata de expropiar** [ART.5 LEF](#).

4.c-) Efectuada la publicación de bienes y derechos a expropiar: i) si no comparecieren en el expediente los propietarios o titulares, ii) o estuvieren incapacitados y sin tutor o persona que les represente, iii) o fuere la propiedad litigiosa (es decir, litigio abierto), se **entenderán las diligencias con el Ministerio Fiscal** [ART.5 LEF](#); en este caso, la indemnización se consignará en la Caja general de depósitos a resultas del procedimiento civil que determine al verdadero titular [ART.50 LEF](#).

2.- El objeto de la expropiación. -El objeto de la expropiación ha sido ampliado. La Ley de 1879 solo admitía la expropiación de la propiedad inmueble pero no podemos desconocer que la principal finalidad de la ley de 1954 fue conferir a la expropiación un contenido máximo y así el [ART.1 LEF](#) establece una fórmula genérica y amplia para dar cobertura al máximo número posible de actuaciones de carácter ablativo de la Administración, al comprender "...cualquier forma de privación singular de la **propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos...**", lo que reiteran los [ART.1 y 2 REF](#) explicitando la posibilidad de expropiar "**facultades parciales del dominio o de derechos e intereses legítimos**". Con relación a ésta fórmula debe precisarse lo siguiente:

a-) La expresión legal abarca todas las titularidades patrimoniales susceptibles de una estimativa económica, tengan su origen en una relación jurídico pública (ej. concesión) o privada; ello supone a sensu contrario que las titularidades de orden estrictamente personal no puedan ser objeto de la misma

b-) La expresión "**propiedad privada**" tiene una intención limitativa: la de **excluir los bienes de Dominio Público** por su inalienabilidad [ART.132.1 CE](#) que expresa la vinculación permanente entre el demanio y la función pública que sobre el se cumple. La



conclusión que puede extraerse de esta afirmación sería, por tanto, que la especial naturaleza del bien de dominio público lo hace inexpropiable, siendo, sin embargo posibles las figuras de la desafectación y de la mutación demanial, cuando procedan, para que la Administración que en cumplimiento de una determinada causa de utilidad pública o interés social precise del bien, pueda, en el primer caso(desafectación) expropiarlo , y en el segundo (mutación) eludir esa necesidad; figuras cuya aplicación, no obstante, ha de considerarse que dependerá del ente titular del dominio.

c-) La expresión **“intereses patrimoniales legítimos” exige que la indemnización expropiatoria no debe limitarse al valor de las cosas o derechos expropiados sino que debe cubrir la totalidad de los daños y perjuicios directos e indirectos provocados por la expropiación, aunque no se trate de cosas o derechos subjetivos perfectos (como sostiene el Tribunal Supremo, la amplitud con que la LEF y el REF han descrito el potencial objeto de las actuaciones expropiatorias pretende que no se quede sin indemnizar ningún derecho o interés expropiado)**, bien sean situaciones independientes como la posesión o los precaristas, bien intereses patrimoniales adicionales a una situación de derecho subjetivo (clientela

d-) La cosa, como ya se ha señalado, se adquirirá libre de cargas con la excepción de aquellos supuestos en que la Administración expropiante pueda conservar algún derecho real sobre el objeto expropiado, si resultase compatible con el nuevo destino que haya de darse al mismo o el fin a que hay de quedar afectado y existiera acuerdo entre el expropiante y el titular del derecho (aunque el REF atribuye a la Administración la decisión sobre la subsistencia del derecho con previa audiencia del titular expropiado principal y el del derecho cuya continuación se propone) **ART.8 LEF** y **ART.9 REF** que excluye de estas reglas la “expropiación parcial de facultades limitadas del dominio o de derechos”

**3. Causa de la expropiación** Tradicionalmente el fin o causa de la expropiación ha sido la utilidad pública, concepto amplio que justificaba cualquier tipo de expropiación. Como recoge GARRIDO FALLA, resulta más comprensiva la noción de “interés Público”. Pero las preocupaciones cada vez más intervencionistas del Estado actual han acuñado otra



fórmula justificativa de la expropiación, el interés social, que se encuentra recogido tanto en la vigente ley como en la propia Constitución.

Este interés social, nace de la necesidad insoslayable de la Administración Pública de servir de instrumento de conformación de la realidad social. Los fines de interés público que dan lugar a otras tantas expropiaciones podrían ir desde la realización de obras públicas, hasta la simple imposición de cargas o deberes para llevar a cabo una política de conformación social o económica. Pero ello no quiere decir que la satisfacción del interés público requiera siempre del ejercicio de la potestad expropiatoria para alcanzarlo: Si ello fuera así, todas las potestades administrativas quedarían reducidas a una de ellas: la expropiatoria, lo que evidentemente no sucede: por otra parte no puede desconocerse que la calificación que hace la Constitución de nuestro Estado como “social”, obliga a que los poderes públicos impulsen acciones y actividades de tal carácter, lo que, se traducirá muchas veces en expropiaciones o nacionalizaciones.

Por todo ello podemos concluir que nunca podrá expropiarse bien, derecho o actividad por razones o causas que resulten ajenas al interés público o contrarias a él.

## **EL PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO GENERAL**

1.- Planteamiento.- El sometimiento de la actuación administrativa a un cauce procedimental legal tiene su razón de ser no solo en la reglamentación del actuar de la Administración, sino también en la garantía y respeto de los derechos afectados por dicha actuación. Precisamente por ello , la regulación del procedimiento a que debe adecuarse la acción administrativa ha merecido especial consideración en la CE que prevé en su artículo 105 c)” La ley regulará:....c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.

Siendo ello así en el ámbito de la actividad administrativa, la regulación del procedimiento al que deba adecuarse el ejercicio de la potestad expropiatoria cobra especial importancia de modo que el cumplimiento de las normas procedimentales que la ley prevea supongan al mismo tiempo una garantía de los derechos del expropiado. No en vano debe tenerse en cuenta que esta potestad administrativa ataca directamente uno de los derechos que han merecido para el legislador preconstitucional mayor reconocimiento y garantía,

habiendo sido también reconocido y protegido por nuestra Carta Magna el derecho de propiedad. En efecto dispone el artículo 33.1 de la CE que :“Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia...”señalando expresamente su apartado 3 que:” Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las leyes.”

Así podemos considerar el procedimiento expropiatorio como el cauce procedimental al que debe someterse la Administración en el ejercicio de la potestad expropiatoria para asegurar una actuación eficaz , que permita satisfacer la necesidad publica que subyace en toda expropiación forzosa; y al mismo tiempo como medida de garantía o cautela que garantice a los afectados el pleno respeto, de sus derechos e intereses legítimos. La LEF ya refleja el doble cometido que ha de cumplir el procedimiento expropiatorio: instrumento adecuado para cumplir la finalidad expropiatoria y garantía para el particular afectado. Este procedimiento se impone por la LEF como requisito "ad solemnitatem" de modo que sin el mismo no hay expropiación sino vía de hecho [ART.125 LEF](#), pues la ley sólo permite prescindir del procedimiento en situaciones de urgencia o de estado de necesidad por exigencias de la seguridad ciudadana o seguridad pública: es el caso de las REQUISAS MILITARES y CIVILES [ART.101-107, 120, LEF](#) y [ART.124 REF](#).

El establecimiento del procedimiento de expropiación forzosa es una **competencia exclusiva del Estado** pues el [ART.148.1.18ª](#) le atribuye la competencia exclusiva de la legislación sobre expropiación forzosa, no obstante las **Comunidades Autónomas**, ss [STC 37/1987 de 26-MZ](#) pueden, respetando las garantías del [ART.33.3 CE](#), mediante ley autonómica, establecer las causas y supuestos en que proceda la expropiación forzosa y desarrollar la LEF en los aspectos organizativos (ej. los Jurados de Expropiación Forzosa).

La LEF diseña un procedimiento general (Título II), junto con el que la Ley contempla, en su artículo 52, una modalidad excepcional para los supuestos en que sea declarado urgente y procedimientos especiales (Título III), que sólo matizan el sistema común y que se analizan en el tema siguiente. El procedimiento general (Título II) se articula en las siguientes fases:

- Una fase Previa al Procedimiento General que es la **declaración de utilidad pública o interés social**.
- **Declaración de necesidad de la ocupación**, que trata de individualizar los bienes a expropiar en sus aspectos materiales y jurídicos, e identificar a las personas que han de tener la condición de expropiados.
- **Determinación del precio justo**, que tiene como fin tasar o valorar los bienes.
- **Pago y Ocupación del objeto expropiado**, fase cuya finalidad es la de transmitir el dominio o la ventaja a favor del expropiante o beneficiario.

Estas fases constituyen **piezas separadas**, pero no es necesario configurar un expediente distinto para cada una de ellas, salvo para la fase de justiprecio, pues así lo impone el ART.26 LEF;

2.- Declaración de utilidad pública o interés social.- Para proceder a la expropiación forzosa (dice el artículo 9 de la LEF) será indispensable la previa declaración de utilidad pública o interés social del fin al que haya de afectarse el bien expropiado. Esta declaración, que no forma parte estrictamente del procedimiento expropiatorio, sino que constituye un requisito habilitante del mismo y, por tanto su cumplimiento previo plantea dos cuestiones: una , de carácter material relativa al significado de las nociones de utilidad público y de interés social y su naturaleza y otra de carácter formal , relativa al procedimiento para llevarla a cabo

a) La LEF no especifica el sentido de la distinción, pero parece claro que la “**utilidad pública**” hace referencia a las exigencias del funcionamiento de las obras o servicios públicos que presta la Administración, y el “**interés social**” hace referencia a cualquier forma de interés prevalente al individual del propietario distinto del anterior. Ahora bien, a pesar de esta distinción, una y otra causa confluyen en la misma consecuencia jurídica: dar paso al ejercicio de idéntica potestad expropiatoria, sin que ello suponga un diferente procedimiento para cada una.

b) *La forma en que ha de ser realizada la declaración de la utilidad pública o el interés social* se regula en los artículos 10 a 13 de la LEF, Esta regulación diferencia la declaración de utilidad pública de la de interés social distinguiendo dentro de la primera la de los bienes inmuebles y la de los muebles, pero destacando que en todos los casos el régimen es bastante similar.

- En todos los casos , la regla general es que la declaración de utilidad pública o interés social ha de efectuarse por ley para cada caso concreto (arts 11 y 12).

- La forma más usual, aplicable también a todos los supuestos, es que la declaración genérica por Ley de la utilidad pública o interés social. La ley, en este supuesto, declara la procedencia general de expropiar con un fin determinado y su aplicación en cada caso concreto se efectúa mediante acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas (art.10 y 12LEF).

- En relación exclusiva con la expropiación de bienes inmuebles el artículo 10 de la LEF establece la práctica de las llamadas expropiaciones implícitas:"

c) Defensas frente a este trámite.- Recurso contencioso-administrativo quedando la defensa ante este trámite del siguiente modo:

1.- Si se trata de **leyes expropiatorias** la STC 166/1986 señala que no cabe recurso directo contra la ley por los particulares ante el TC, pero si se exige que la ley singular expropiatoria esté sometida al principio de igualdad y, si los expropiados consideran que la privación singular de sus bienes o derechos carece de base razonable o es desproporcionada podrán, ante la ocupación material de los mismos, alegar ante los jueces y tribunales la vulneración de su derecho a la igualdad

2.- Si se trata de **declaraciones legales genéricas de utilidad pública o interés social**, la jurisprudencia también controla los actos del Gobierno o Consejos de Gobierno que concretan en un caso particular esa utilidad pública o interés social, ya que esos actos son susceptibles de impugnarse mediante recurso contencioso-administrativo

### 3.- Necesidad de ocupación de los bienes o de adquisición de derechos.-

a-) Concepto.- El ART.15 LEF y el ART.15 REF señalan que declarada la utilidad pública o el interés social, **la Administración resolverá sobre la necesidad concreta de ocupar los bienes o adquirir los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin de la expropiación;** mediante acuerdo del Consejo de Ministros podrán incluirse también entre los bienes de necesaria ocupación **los que sean indispensables para previsibles ampliaciones** de la obra, servicio o finalidad de que se trate, sin que puedan ser calificados de partes sobrantes a los efectos del derecho de reversión del ART.54 LEF.

b-) Procedimiento.- La resolución sobre la necesidad de ocupación se ajustará a un procedimiento en el que se diferencian las siguientes fases:

1.- Relación inicial de bienes y derechos de ocupación necesaria.- La “**Administración expropiante**” o “**el beneficiario**” de la expropiación, en su caso, a través de aquélla, deberá formular una **relación concreta e individualizada de los bienes o derechos cuya ocupación o disposición se consideren necesarias**, así como, si procedente, de los imprescindibles para las ampliaciones de la obra, servicio o finalidad determinante de la expropiación. Se **exceptúan** de este trámite los proyectos de obras y servicios aprobados reglamentariamente, cuando los mismos comprendieran la descripción material de los bienes o derechos necesarios, pues la necesidad de ocupación se entenderá implícita en la aprobación del proyecto, pero el beneficiario estará igualmente obligado a formular la mencionada relación a los solos efectos de la determinación de los interesados. Respecto a esta “relación de bienes y derechos” cabe señalar: En la relación **se expresará:** i) el estado material y jurídico de cada uno de los bienes o derechos, ii) los nombres de los propietarios o de sus representantes, con indicación de su residencia y domicilio, y iii) los de cuantos sean titulares de algún derecho o interés indemnizable, afectados a la expropiación.

2.- Trámite de información pública.- Recibida la relación señalada, la Administración expropiante, a través del Delegado del Gobierno o de la autoridad competente en cada caso, abrirá **información pública durante un plazo de quince días;** cuando se trate

de expropiaciones realizadas por el Estado la relación de los bienes y derechos habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado y en el de la provincia respectiva y en uno de los diarios de mayor circulación de la provincia, si lo hubiere, comunicándose además a los Ayuntamientos en cuyo término radique la cosa a expropiar para que la fijen en el tablón de anuncios. Durante este plazo de información pública los interesados podrán formular **alegaciones** sobre la procedencia de la ocupación o disposición de los bienes y su estado material o legal:

a.1.-) Cualquier persona natural o jurídica podrá comparecer ante la Alcaldía, Delegación del Gobierno u organismo competente para pedir la **rectificación de los posibles errores en la descripción material y legal de los bienes** que se estimen cometidos en la relación que se hubiere hecho pública; para ello pueden alegar y ofrecer cuantos datos, antecedente o referencias sirvan de fundamento para las rectificaciones que procedan.

a.2.-) Cualquier persona podrá **oponerse, por razones de fondo o forma, a la necesidad de la ocupación**; en este caso indicará los motivos por los que deba considerarse preferente la ocupación de otros bienes o la adquisición de otros derechos distintos y no comprendidos en la relación, como más conveniente al fin que se persigue.

3.- Apertura de plazo de 20 días para conocer de las alegaciones y oposición.- Al finalizar el plazo de alegaciones, se abrirá otro de veinte días en el que se cumplirán los siguientes trámites:

a.1.-) En este plazo procede: i) el **examen y calificación de los fundamentos de la oposición** a la necesidad de la ocupación de los bienes o derechos afectados por la relación hecha pública; ii) la **rectificación y complemento de los datos** que, sobre la titularidad de los bienes o derechos, y sus características materiales o legales, procediere como resultado de las alegaciones de los particulares comparecientes; iii) la **incorporación al expediente**, cuando hubiere lugar, **de certificaciones u otros documentos de comprobación** que, al efecto, se extienden por los Registros de la Propiedad, Fiscales u otras dependencias públicas; iv) cumplidos los trámites anteriores, se **emitirá un informe por la Abogacía del Estado**.

4.- Resolución sobre la necesidad de ocupación.- dentro del plazo anterior de 20 días, cumplidos los trámites y emitido el informe por la Abogacía del Estado, **se resolverá sobre la necesidad de la ocupación**; el “**acuerdo de necesidad de ocupación**”, que inicia el expediente expropiatorio:

a.1.-) Debe **relacionar detalladamente los bienes y derechos afectados, así como los titulares de los mismos** con los que hayan de entenderse los sucesivos trámites del expediente,

a.2.-) Dicho acuerdo se **publicará** en igual forma que en el trámite de información pública y habrá de **notificarse individualmente** a cuantas personas aparezcan como interesadas en el procedimiento expropiatorio, si bien en a exclusiva parte que pueda afectarlas. La notificación individual será preceptiva respecto de los expropiados

La notificación individual, deber contener el texto íntegro de la resolución a que se refiere y especificar los recursos que, en su caso, procedan contra la misma, autoridad u organismo ante que hayan de formularse y plazo concedido para su interposición. La omisión o error en la notificación de cualquiera de los requisitos expresados producirá su nulidad, salvo que el particular interesado hubiera utilizado en tiempo y forma los recursos procedentes.

4º) Determinación del justo precio.

Esta fase se inicia al día siguiente de ganar firmeza el acuerdo de necesidad de ocupación; tramitándose en pieza separada. De acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa, existen tres formas de determinación del justiprecio o indemnización expropiatoria:

a) **Por mutuo acuerdo**. Conforme al artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa, la Administración y el particular, a quien se refiera la expropiación, podrán convenir la adquisición de los bienes o derechos que son objeto de aquélla, libremente y por mutuo acuerdo, en cuyo caso, una vez convenidos los términos de la adquisición amistosa, se dará por concluido el expediente iniciado. Si en el plazo de quince días no se llegara a tal acuerdo, se seguirá el procedimiento por la otra de las vías de determinación del justo precio que regula la Ley de Expropiación Forzosa.



b) **Por el Jurado Provincial de Expropiación** (artículos 25 a 31 Reglamento de Expropiación Forzosa). La Ley de Expropiación Forzosa señala que, a falta de mutuo acuerdo, se abrirá un expediente individual a cada uno de los sujetos afectados y por cada uno de los bienes o derechos afectados, con determinadas salvedades. Previo requerimiento de la Administración, los propietarios presentarán, en el plazo de veinte días, su hoja de aprecio en que, motivadamente, concreten el valor que, a su juicio, tiene el objeto de la expropiación, pudiendo adjuntar dictamen pericial. En caso de aceptación de la valoración por la Administración expropiante, se entenderá definitivamente fijado el justo precio. En caso de rechazo, la Administración, por su parte, extenderá hoja de aprecio, también fundada, la cual a su vez, podrá ser aceptada o rechazada por el sujeto expropiado en el plazo de diez días. Si la rechazase, se pasa el expediente al Jurado Provincial de Expropiación.

El Jurado Provincial resuelven a la vista de las hojas de aprecio formuladas por los propietarios y por la Administración, con respecto de las que tiene deber de congruencia, decidirá ejecutoriamente sobre el justo precio en el plazo de ocho días, excepcionalmente prorrogable hasta quince. Este acuerdo se adoptará en la forma prevista en el artículo 33 Ley de Expropiación Forzosa, debiendo ser motivado, razonándose los criterios de valoración seguidos, y se notificará a la Administración expropiante y a los propietarios, poniendo fin a la vía administrativa, y contra el mismo sólo procederá el recurso contencioso-administrativo.

En todo caso, la determinación del justo precio deberá realizarse con arreglo al valor que los bienes y derechos expropiables tuvieran al tiempo de incoarse el expediente de justiprecio, sin tener en cuenta las **plusvalías** que sean una consecuencia directa del plan o proyecto de obras que den lugar a la expropiación y a las previsibles en el futuro.

**Las mejoras realizadas con posterioridad** no serán objeto de indemnización, a no ser que se demuestre que eran indispensables para la conservación de los bienes. Las mejoras anteriores son indemnizables salvo que se hayan realizado de mala fe (artículo 36 Ley de Expropiación Forzosa).

En cuanto a los **criterios de valoración**, son distintos según la naturaleza del bien expropiado. No obstante, tanto el propietario como la Administración, podrán llevar a cabo la tasación aplicando los criterios estimativos que juzguen más adecuados, en el caso de que la



evaluación practicada, de acuerdo con los criterios legales, no resultare a su juicio conforme al valor legal.

Asimismo, el Jurado podrá también aplicar otros criterios de valoración cuando se considere que el precio obtenido con sujeción a los criterios legales, resulta notoriamente superior o inferior al valor real de los bienes (artículo 43).

A ello se añadirá el premio de afección: un 5% del justiprecio que compensa la aflicción que produce la privación expropiatoria (daños morales).

#### 5º) Pago y ocupación.

Una vez determinado el justo precio, se procederá al pago de la cantidad que resultare, en el plazo máximo de seis meses. El pago se verificará, mediante talón nominativo, al expropiado, o por transferencia bancaria en el caso de que el expropiado haya manifestado su deseo de recibir el precio por este medio (artículo 48 de la Ley de Expropiación Forzosa).

El pago del precio estará exento de toda clase de gastos, impuestos y gravámenes (artículo 49 de la Ley de Expropiación Forzosa).

Cuando el propietario rehusare recibir el precio o cuando existiese litigio o cuestión entre el interesado y la Administración, se consignará el justiprecio por la cantidad que sea objeto de discordia en la Caja General de Depósitos o a disposición de la Autoridad o Tribunal competente (artículo 50 Ley de Expropiación Forzosa).

Por lo que a la ocupación se refiere, el artículo 51 Ley de Expropiación Forzosa señala que "hecho efectivo el justo precio o consignado, podrá ocuparse la finca por vía administrativa o hacer ejercicio del derecho expropiado, siempre que no se hubiere hecho ya en virtud del procedimiento de urgencia".

Los efectos del pago y la ocupación vienen recogidos en el artículo 53 de la Ley de Expropiación Forzosa que señala que "el acta de pago y la de ocupación, que se extenderá a continuación de aquélla, será título bastante para que, en el Registro de la Propiedad y demás Registros públicos, se inscriba o tome razón de la transmisión de dominio y se

verifique, en su caso, la cancelación de las cargas, gravámenes y derechos reales de toda clase a que estuviere afecta la cosa expropiada".

El acta de ocupación, acompañada del justificante de la consignación del precio o del correspondiente resguardo de depósito, surtirá iguales efectos. Los expresados documentos serán también títulos de inmatriculación en el Registro de la Propiedad.

En cuanto a las garantías del justiprecio frente a demoras y depreciaciones monetarias, la Ley de Expropiación Forzosa prevé las siguientes técnicas:

a) El abono del interés legal. Señala el artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa que "cuando hayan transcurrido seis meses desde la iniciación legal del expediente expropiatorio, sin haberse determinado, por resolución definitiva, el justo precio, la Administración expropiante, culpable de la demora, estará obligada a abonar, al expropiado, una indemnización que consistirá en el interés legal del justo precio, hasta el momento en que se haya determinado".

b) Una nueva evaluación, según el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa: "Si transcurrieran dos años sin que el pago de la cantidad fijada como precio, se haya abonado o se consigne".

### **PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO DE URGENCIA.-**

Como señala LOPEZ-NIETO, el procedimiento de urgencia es uno de los aspectos más preocupantes entre los de naturaleza jurídica que contiene la LEF, en la medida en que hoy en día representa la degradación del espíritu de la misma, ya que está totalmente demostrado que el procedimiento habitual empleado para llevar a cabo un proceso expropiatorio es el denominado de urgencia, mientras que el procedimiento normal es rara vez utilizado.

Este procedimiento aparece regulado en el artículo 52 de la LEF dentro del Capítulo dedicado al pago y toma de posesión. Se dice que en él que excepcionalmente y mediante Acuerdo del Consejo de Ministros podrá declararse urgente la ocupación de los bienes afectados por la expropiación a que dé lugar la realización de una obra o finalidad determinada.

a) El procedimiento se inicia , sobre la base de una previa declaración de utilidad pública o interés social, con la práctica de un trámite de información pública, que ordena realizar el artículo 56 del REF, por un plazo de 15 días. En el citado trámite debe exponerse la relación de bienes afectados por la expropiación, pudiendo los interesados formular alegaciones que estimen oportunas, si bien las mismas solo” a los efectos de subsanar posibles errores que se hayan padecido en dicha relación (art.56.2 REF)

b) Realizado el trámite de información pública se pasa al siguiente que consiste en la denominada declaración de urgencia, que corresponde realizar en exclusiva al Gobierno de la Nación (art.52.1 LEF) o al Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas y con el cual se tiene por cumplido el trámite de la necesidad de ocupación de los bienes que han de ser expropiados (art. 52.1 LEF). Dicha declaración deberá cumplir lo siguiente:

-Por un lado, en el expediente que se eleve al Gobierno o Consejo de Gobierno debe figurar necesariamente “ la oportuna retención de crédito con cargo al ejercicio en que se prevea la conclusión del expediente expropiatorio y la la realización efectiva del pago a que ascendería el justiprecio calculado en virtud de las reglas previstas para su determinación en esta Ley (art 52.1LEF)

-Por otro , el acuerdo de urgencia deberá estar debida y suficientemente motivado, es decir con indicación de las razones o motivos que la justifican y en el deberá hacerse una “referencia expresa a los bienes a que la ocupación afecta o al proyecto de obras en que se determina así como el resultado de la información pública”(artículo 56.1 REF)

c) El trámite siguiente es el levantamiento del acta previa a la ocupación:

-Se trata de un acta de mera constancia de datos de hecho cuyo objeto es la descripción del bien o derecho expropiable y hacer constar , en su caso, todas las manifestaciones y datos que aporten los propietarios y los demás interesados y que resulten útiles para la determinación de los derechos afectados, los titulares de los derechos afectados,, el valor de aquellos y los perjuicios determinantes de la rápida ejecución (art.52.3 LEF)

-Para el levantamiento del acta indicada anteriormente, se deberá notificar con carácter previo a los interesados y propietarios el día y la hora en que dicho trámite ha de celebrarse,

momento en el cual se constituirá en la finca que se trate de ocupar el representante de la Administración pública expropiante, acompañado de un perito y del Alcalde o del Concejale en quien delegue el anterior, así como de los propietarios y demás interesados que concurran, los cuales podrán hacerse acompañar de peritos y de un notario (art.52.2ª y 3ª).

d) Levantada el acta previa de ocupación, la Administración debe proceder a elaborar las llamadas hojas de depósito previo a la ocupación, realizando una estimación del valor de la finca con arreglo a su capitalización de sus valores fiscales y fijando la indemnización que estime que debe corresponder a los perjuicios derivados de la rapidez de ocupación (cosechas pendientes, mudanzas y otras que sean igualmente justificadas: El importe de la citada valoración será consignada en la Caja General de Depósitos, devengando a favor del expropiado el interés legal (art 52.4ª y 5ª de la LEF). El expropiado podrá retirarla y hacerla suya en cualquier momento, debiendo devolver el exceso si el justiprecio, que luego se fija, fuera de cuantía inferior (art-58.1 REF)

e) Por último efectuado el depósito previo y abonada o consignada , en su caso, la previa indemnización por perjuicios, la Administración expropiante procederá a la inmediata ocupación del bien de que se trate, lo cual deberá efectuar en el plazo máximo de 15 días (artículo 52.6ª que se remite al artículo 51). A continuación deberá proceder a la apertura de la pieza para la fijación y el pago del justiprecio, lo cual se efectuará conforme a las reglas previstas para el procedimiento general (art. 52.7ª). Sobre el justiprecio acordado definitivamente se girará la indemnización del interés legal del dinero desde la fecha de ocupación del bien.

## **LA REVERSION DEL BIEN EXPROPIADO.**

### **1. CARACTERES.-**

La expropiación puede no llegar a su final por diversas causas, entre las que obviamente, aunque infrecuente, puede ser el desistimiento de la Administración. Más frecuente lo constituye el supuesto de que el objetivo o fin que legitimó en su día el ejercicio de la potestad expropiatoria sufra alteraciones. En tales casos la LEF atribuye a los sujetos expropiados un derecho a recuperar los bienes afectados por tales circunstancias. Este efecto extintivo de la expropiación y su correlativo a hacerse efectivo, recibe en nuestro

derecho el nombre de reversión. El artículo 54.1 de la LEF se refiere a la misma diciendo:2... en el caso de no ejecutarse la obra o no establecerse el servicio que motivó la expropiación, así como si hubiera alguna parte sobrante de los bienes expropiados o desapareciese la afectación, el primitivo dueño o sus causahabientes podrán recobrar la totalidad o la parte sobrante de lo expropiado, mediante el abono a quien fuera titular de la indemnización que se determina en el artículo siguiente...”

Como recoge SANTAMARIA PASTOR, el fenómeno de la reversión posee cuatro rasgos fundamentales:

1. Su nacimiento se produce de manera automática, como consecuencia de la desaparición sobrevenida del fin que justificó la expropiación.
2. La reversión es un derecho de configuración legal, no forma parte de la garantía de la propiedad del artículo 33 de la CE
3. El derecho de reversión se rige por el Derecho vigente en el momento del nacimiento del mismo.
4. Por último, la reversión es un derecho real de adquisición preferente, en el sentido de que opera interponiéndose a otros derechos inscritos en el Registro de la Propiedad, siempre que dicho derecho haya sido inscrito en tal Registro.

#### 1. SUPUESTOS Y FORMA DE EJERCICIO DE LA REVERSION-

Del artículo 54 de la LEF se desprenden 3 supuestos

**1.-Inejecución de la obra o no establecimiento del servicio.** Puede suceder que la obra o servicio que motivó la expropiación no se lleven a cabo. En este caso el derecho de reversión presenta dos modalidades:

a) Declaración por la Administración expropiante de forma expresa. Se hará mediante notificación al expropiado de “su propósito de no ejecutar la obra o no implantar el servicio”, en este supuesto el expropiado dispone de un plazo de 3 meses , a contar desde la fecha de recepción de la notificación para ejercitar ante la Administración su derecho de reversión (art. 54.3LEF)

b) No declaración por parte de la Administración. Este desestimiento se presume producido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.transcurso de 5 años desde la fecha en que los bienes o derechos expropiados quedaron a disposición de la Administración sin que se hubieren iniciado la ejecución de la obra o la implantación del servicio 2. Suspensión durante más de 2 años de las actuaciones dirigidas a ejecutar la obra o implantar el servicio sin que se produjera por parte de la Administración o el beneficiario ningún acto expreso para su reanudación la LEF no indica en este caso el plazo en que el expropiado debe hacer uso de su derecho de reversión, pero por analogía deben aplicarse los plazos del supuesto anterior.

**2. Existencia de bienes sobrantes no utilizados para la ejecución de la obra o servicio.** Esto puede constatarse: a) Mediante la declaración expresa de la existencia de bienes sobrantes y su notificación al expropiado. El derecho de reversión deberá ejercitarse en el plazo de 3 meses siguientes a la fecha de notificación. b) Cuando esa declaración expresa no se produzca, la LEF señala que el derecho de reversión podrá ejercitarse siempre que no hubieran transcurrido 20 años desde la toma de posesión de los bienes expropiados.

**3. Desaparición de la afectación.** Es decir cuando la obra o servicio para los que se realizó la expropiación desaparecieran o se extinguiera el fin público al que respondía dicha obra o servicio. El régimen de ejercicio de derecho de reversión es idéntico al precedente. No obstante la LEF ha establecido una limitación temporal, en este caso, disponiendo que no habrá derecho a reversión “ cuando la afectación al fin que justificó la expropiación o a otro declarado de utilidad pública o interés social se prolongue durante 10 años desde la terminación de la obra o el establecimiento del servicio...” (art.54,2,b)

#### C.INDEMNIZACION REVERSIONAL.-

La extinción del efecto privatorio que la expropiación comporta, conlleva, el deber del expropiado (en este caso reversionista) de devolver a la Administración el valor de los bienes que recupera. Así el art´.55.1 de la LEF dice “ es presupuesto del ejercicio del derecho de reversión la restitución de la indemnización expropiatoria por el expropiado..”

##### 1.Normas:

a) Cuantía de la devolución:- Como regla general su importe se determina por el importe del justiprecio en su día abonado, que deberá ser actualizado conforme a la evolución del IPC en el período comprendido entre la fecha de iniciación del expediente de justiprecio y la del ejercicio del derecho de reversión (art. 55.1) Si el bien o derecho expropiado hubieran experimentado cambios en su calificación jurídica que condicionaran su valor, hubiera incorporado mejoras aprovechables por el titular del derecho o sufrido pérdida en su valor, deberá hacerse a una retasación, esto es a una nueva valoración, referida a la fecha del ejercicio del derecho de reversión y efectuada mediante el procedimiento de determinación de justiprecio (art.55.2)

b) El pago de la indemnización reversional constituye un presupuesto para la efectividad de la misma. Así el art. 55.3 regula este aspecto estableciendo:

La toma de posesión del bien o derecho objeto de reversión no podrá tener lugar sin el previo pago o consignación del importe de la indemnización

El pago, so pena de caducidad de la reversión, deberá efectuarse en el plazo de 3 meses desde su determinación en vía administrativa, sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo que pueda interponerse.

En el supuesto de que la sentencia que se dicte en tal proceso, establezca un importe de indemnización diverso: las diferencias en más o menos deberán satisfacerse en el plazo de 3 meses desde la notificación de la sentencia, incrementadas en los intereses devengados al tipo del interés legal del dinero desde la fecha del primer pago; el impago en tal plazo de la diferencia constituye causa de caducidad del derecho de reversión.

### **GARANTÍAS DEL EXPROPIADO.-**

Del estudio de la normativa vigente se deducen una serie de garantías jurisdiccionales reconocidas a favor de los particulares en cuanto sujetos pasivos de la expropiación forzosa. Tales garantías aparecen clasificadas por GARRIDO FALLA en tres grupos:

1. Las primeras garantías se producen respecto a lo que se conoce como vía de hecho. Esta tiene lugar cuando la potestad expropiatoria se ejercita prescindiendo totalmente del procedimiento legal y reglamentariamente establecido o sin haberse cumplido

alguno de sus requisitos esenciales, como pueden ser, la declaración de utilidad pública o interés social, la necesidad de ocupación o el pago previo. Cuando este supuesto concurre, los particulares cuentan con un procedimiento jurisdiccional de carácter extraordinario, que aparece aludido en la LEF. Así se establece en ella que siempre que, sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de la declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, en los términos establecidos en la ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada o perdida (art.125LEF): Como vemos la Administración aparece, en este caso como un sujeto de derecho común y por tanto privada de su privilegio de fuero, pero se trata en todo caso y como reconoce la LEF de una medida de carácter excepcional. El interdicto de retener y recobrar procederá cuando el que se halle en la posesión o tenencia de la cosa, haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle (interdicto de retener) o cuando ya haya sido despojado de dicha posesión o tenencia (interdicto de recobrar)

2. El segundo tipo de garantías se refiere al caso en que aunque se respeten estos trámites legales, se produzcan en el expediente expropiatorio vicios de procedimiento o infracciones legales. Tal supuesto abre la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo, que podrá dirigirse contra la resolución administrativa que ponga fin al expediente o contra cualquiera de las piezas separadas a las que se refiere la LEF (ART:126). Sin embargo, el acuerdo sobre la necesidad de ocupación es inimpugnable en vía contenciosa (art.22,3LEF). La jurisprudencia ha ratificado en muchas y diversas ocasiones que se reconoce legitimación activa para interponer el recurso a “beneficiarios” o a cualquiera que hubiera sido parte en el expediente
3. La tercera garantía se refiere al caso de que el precio que se fije difiera en más de un sexto del valor real de la cosa objeto de expropiación. En este caso los interesados tienen abierta la vía contencioso-administrativa y el recurso debe fundarse en lesión cuando la cantidad fijada como justo precio sea inferior o superior en más de una



sexta parte a la que en tal concepto haya sido alegado por el recurrente (art.126 LEF)

Debe destacarse que según la LEF se considerarán de turno preferente los recursos contencioso-administrativos reseñados (ART. 126.4) y que estos se regirán por las normas generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

## **EL JURADO EXPROPIACION FORZOSA DE GALICIA.**

### **1. Introducción:-**

En el régimen jurídico particular y concreto de varias Comunidades Autónomas, se ha procedido a la inclusión dentro de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación estatal, la materia de expropiación forzosa (art.28.2 del Estatuto de Autonomía para Galicia). En desarrollo de esta previsión competencial y de la correspondiente a la potestad de autogobierno (art.27.1 de Estatuto) se han creado diversos órganos de valoración, a los que con diversas acepciones, se les ha asignado, entre otras, las funciones de los Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa. Sin embargo, ello no ha supuesto la desaparición de los órganos estatales, sino la coexistencia entre unos y otros, asumiendo los jurados autonómicos la competencia en los expedientes de fijación de justiprecio correspondiente a las expropiaciones realizadas por la Administración Autonómica y local en su respectivo territorio.

### **2. Competencia:-**

Por regla general los Jurados autonómicos se configuran como órganos colegiados de naturaleza administrativa, no sometidos a instrucciones jerárquicas y especializados en expropiación forzosa. En Galicia el artículo 232 de la Ley 9/2002 de 30 de diciembre de Ordenación Urbanística y Protección del Medio Rural de Galicia, modificada por la ley 15/2004, de 29 de diciembre, creó el Jurado de Expropiación Forzosa de Galicia, previsiones desarrolladas por el Decreto 223/2005 de 16 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado de Expropiación de Galicia. Se constituye como un órgano colegiado permanente de la Comunidad Autónoma de Galicia especializado y que actúa en el cumplimiento de sus funciones con plena autonomía funcional, sin estar sometido a instrucciones jerárquicas. Se le asigna la

competencia para la fijación del justiprecio en los procedimientos de expropiación forzosa , cuando la administración expropiante sea la comunidad autónoma o las entidades locales de ámbito territorial (art.1 del Decreto)

### 3. Funciones:-

El artículo 2 del Decreto le atribuye las siguientes funciones.

- A) La fijación en via administrativa del justo precio expropiatorio en tasaciones individuales, cuando este no se hubiera convenido libremente y por mutuo acuerdo entre la Administración y el particular.
  - B) La fijación del justo precio expropiatorio en los procedimientos de tasación conjunta, cuando los interesados titulares de bienes y derechos hubieran formulado oposición a la valoración contenida en el proyecto de expropiación aprobado por el órgano competente.
  - C) La fijación de la cuantía de las indemnizaciones por ocupaciones temporales y requisas.
4. Composición:-Según el artículo 4 del Decreto, el Jurado de Expropiación forzosa se compone de Presidente, los Vocales y el Secretario. Los miembros deben de abstenerse de intervenir y podrán ser recusados en los supuestos del artículo 28 de la LRJ-PAC.

- A) Presidente:- Deberá ser Licenciado en Derecho, Arquitecto o Ingeniero de reconocido prestigio, con más de 10 años de experiencia profesional en el sector público privado o en el ejercicio libre de la profesión. Será nombrado y separado por Decreto del Consello de la Xunta, a propuesta del titular de la consellería competente en materia de urbanismo y ordenación del territorio.
- B) Vocales: Un Asesor Jurídico que deberá pertenecer a la Escala de Letrados de la Xunta de Galicia.
- C) Tres vocales, pertenecientes al Cuerpo Facultativo Superior al servicio de la

Xunta de Galicia, con titulación de arquitectura, ingeniería agrónomo  
ingeniería de montes.

- D) Un vocal, en representación de la consellería con competencias en hacienda  
, a propuesta de dicho departamento.
- E) Un técnico facultativo superior, del Grupo A, designado por la Federación  
Gallega de Municipios y Provincias.
- F) Un técnico facultativo superior, a propuesta del Consejo Gallego de  
Consumidores y Usuarios, entre quien tenga acreditada la condición de  
experto en las materias propias del ámbito competencial del jurado.
- G) Tres profesionales libres colegiados con acreditada competencia en las  
materias propias del ámbito competencial del jurado, en representación de  
los Colegios Profesionales de Galicia, designados por sus Presidentes. El  
Vocal en representación de los Colegios profesionales será: un ingeniero  
agrónomo , si se trata de fincas rústicas; un ingeniero de caminos , canales  
y puertos, cuando se trate de aprovechamientos hidráulicos u otros bienes  
propios de su especialidad; un ingeniero de montes, cuando el principal  
aprovechamiento de la finca expropiada sea forestal; un ingeniero de minas  
, en los casos de expropiación de derechos mineros; un arquitecto superior  
cuando la expropiación afecte a fincas urbanas; un ingeniero industrial ,  
cuando se trate de industrias en general; un economista cuando la  
expropiación recaiga sobre valores mobiliarios: Análogo criterio de  
especialidad se seguirá cuando se trate de bienes o derechos distintos de  
los indicados.
- H) Secretario: Actuará como Secretario, con voz pero sin voto, un funcionario  
de la Xunta de Galicia, perteneciente al cuerpo superior de la  
administración, designado por la consellería competente en materia de  
urbanismo y ordenación del territorio.
- I) Cuando la entidad expropiante sea una corporación local, podrá

incorporarse a las sesiones del jurado un representante a propuesta de esta que asistirá con voz pero sin voto

5. Constitución:

El pleno del Jurado se reunirá previa convocatoria del Presidente con la periodicidad que se acuerde por el mismo , Para que el pleno pueda constituirse y adoptar acuerdos, será precisa en primera convocatoria, la asistencia de todos los miembros y en la segunda la de Presidente, Secretario y dios vocales, uno de los pertenecientes al cuerpo superior facultativo con titulación de arquitectura, ingeniería agrónoma ingeniería de montes y otro que deberá ser de los designados por el Consejo Gallego de Consumidores y Usuarios o por los colegios profesionales de Galicia. Para la aprobación de una propuesta es necesario el voto favorable de la mayoría de los miembros asistentes a la sesión. En caso de empate, el Presidente ejercerá su voto de calidad.

6. Procedimiento:

El procedimiento ante el Jurado se iniciará de oficio, mediante la remisión del expediente de precio justo por la Administración expropiante. El Secretario del Jurado distribuirá los expedientes, por razón de la materia, entre las diferentes Secciones, que serán tres: y comprenderán las siguientes materias: Expropiaciones en suelo rural, urbanizable y edificaciones; Expropiaciones en suelo rústico y Expropiaciones de actividades industriales y económicas. Las Secciones elaborarán en cada expediente una propuesta motivada en la que se valoren cuantas pruebas y alegaciones se hubieran incorporado al mismo y elevarán al Pleno del Jurado la correspondiente propuesta de acuerdo para la adopción de la resolución que proceda. Una vea válidamente constituido el Jurado en sesión plenaria, se entrará al examen y debate de las propuestas de acuerdo elaboradas por las Secciones. El pleno adoptará su acuerdo a la vista de las hojas de valoración formuladas por los propietarios o interesados, por la Administración o por el beneficiario de la expropiación y, teniendo en cuanta las peritaciones y pruebas aportadas al expediente. La resolución del Jurado se adoptará en el plazo de 3 meses, a contar desde la entrada en el registro

del expediente completo. De no adoptarse acuerdo en el plazo señalado, las pretensiones de los expropiados se entenderán desestimadas por silencio negativo. Los acuerdos del Jurado ponen fin a la vía administrativa y serán siempre motivados, haciendo especial referencia a los criterios de valoración establecidos en la legislación expropiatoria o sectorial para cada tipo de bienes

### **Bibliografía:**

ABOGACÍA DEL ESTADO, Manual de expropiación forzosa, Thomson-Aranzadi.

CASTAN, Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo II.

GARCIA DE ENTERRIA-RAMON FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo II, Editorial Civitas.

LOPEZ NIETO Y MALLO, Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios, El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Editorial La Ley.

SANTAMARIA PASTOR, Principios de Derecho Administrativo. General II, Editorial Iustel.

**ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO**

LETRADO HABILITADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 29**

**AS PROPIEDADES ADMINISTRATIVAS EN  
XERAL. CLASES. OS BENS PATRIMONIAIS DA  
ADMINISTRACIÓN: PARTICULARIDADES E  
RÉXIME COMÚN COS BENS DEMANIAIS. O  
DOMINIO PÚBLICO: CONCEPTO, NATUREZA  
XURÍDICA, ELEMENTOS E RÉXIME XURÍDICO.**

## **TEMA 29. AS PROPIEDADES ADMINISTRATIVAS EN XERAL. CLASES. OS BENS PATRIMONIAIS DA ADMINISTRACIÓN: PARTICULARIDADES E RÉXIME COMÚN COS BENS DEMANIAIS. O DOMINIO PÚBLICO: CONCEPTO, NATUREZA XURÍDICA, ELEMENTOS E RÉXIME XURÍDICO.**

### **I.1. O PATRIMONIO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS.**

As administracións públicas dispoñen dos seus propios patrimonios para o cumprimento dos seus fins. Pero o concepto de patrimonio, que deriva do dereito privado (Código civil), no ámbito do dereito público vai ter importantes peculiaridades.

Así, de acordo co artigo 3.1 LPAP, de carácter *básico*, “o patrimonio das administracións públicas está constituído polo conxunto dos seus bens e dereitos, calquera que sexa a súa natureza e o título da súa adquisición ou aquel en virtude do cal lles fosen atribuídos”. Pero, a diferenza dos patrimonios dos suxeitos privados, neste conxunto de bens e dereitos non se deben incluír “o diñeiro, os valores, os créditos e os demais recursos financeiros da súa facenda nin, no caso das entidades públicas empresariais e entidades análogas dependentes das comunidades autónomas ou corporacións locais, os recursos que constitúen a súa tesouraría” (artigo 3.2 LPAP, tamén *básico*).

O artigo 9.1 LPAP, non básico, sinala que o Patrimonio do Estado está integrado “polo patrimonio da Administración xeral do Estado e os patrimonios dos organismos públicos que se encontren en relación de dependencia ou vinculación con esta”, pero, a pesar do pretendido carácter globalizador do termo “patrimonio do Estado” (utilizado nalgúns artigos da LPAP con finalidade puramente instrumental para permitir un tratamento legal conxunto deses patrimonios –como a competencia para o alleamento de bens mobles, artigo 142.1 LPAP-), a realidade é que a Administración xeral do Estado, e cada un dos seus organismos públicos dependentes ou vinculados, son titulares dos seus correspondentes patrimonios, e o mesmo vai suceder con respecto ás comunidades autónomas, a entidades que integran a Administración local, e os seus organismos públicos, dependentes ou vinculados, en relación aos seus correspondentes patrimonios.

### **I.2. A LEI DE PATRIMONIO DAS ADMINISTRACIÓNS PÚBLICAS**

A LPAP 33/2003 consta de 197 artigos, repartidos nos seguintes títulos:

- Título preliminar: Disposicións xerais.

- Título I: Adquisición de bens e dereitos.
- Título II: Protección e defensa do patrimonio.
- Título III: Dos bens e dereitos públicos.
- Título IV: Uso e explotación dos bens e dereitos.
- Título V: Xestión patrimonial.

-Título VI: Coordinación e optimización da utilización dos edificios administrativos.

- Título VII: Patrimonio empresarial da Administración xeral do Estado.
- Título VIII: Relacións interadministrativas.
- Título IX: Réxime sancionador.

Ademais, consta de vinte e seis disposicións adicionais, cinco transitorias, unha derogatoria e seis derradeiras, destacando a súa disposición derradeira 2ª LPAP que fai unha listaxe dos artigos da propia LPAP que teñen un carácter básico e cales son de aplicación xeral. Os primeiros poderán ser desenvolvidos polas comunidades autónomas nas súas propias normativas, pero sen contradicilos, mentres que os segundos se aplican directamente sen poder ser obxecto de tal desenvolvemento. Neste tema é conveniente sinalar que artigos son básicos, ou de aplicación xeral, fronte aos que non teñan algún destes caracteres, para efectos de entendelos aplicables a todas as administracións pública/s (incluíndo a Comunidade Autónoma de Galicia e o seu propio patrimonio) ou esencialmente á Administración xeral do Estado. Cando se indique que o artigo é “non básico”, débese entender que non soamente non é básico, senón tampouco de aplicación xeral.

Deberá terse en conta igualmente a LEI 5/2011, do 30 de setembro, do patrimonio da Comunidade Autónoma de Galicia que será estudada no tema 33 do programa.

## **II. CLASES DE PROPIEDADES ADMINISTRATIVAS.**

A distinción básica dos bens e dereitos que conforman o patrimonio de cada Administración pública vén determinada polos artigos 4, 5 e 7 LPAP:



O artigo 4 LPAP, de *aplicación xeral*, sinala que “por razón do réxime xurídico a que están suxeitos os bens e dereitos que integran o patrimonio das administracións públicas poden ser de dominio público ou demaniais e de dominio privado ou patrimoniais”.

Segundo o artigo 5.1 LPAP, de *aplicación xeral*, son bens e dereitos de dominio público os que, sendo de titularidade pública, se encontren afectados ao uso xeral ou ao servizo público, así como aqueles aos que unha lei outorgue expresamente o carácter de demaniais.

De acordo co artigo 7.1 LPAP, de *aplicación xeral*, son bens e dereitos de dominio privado ou patrimoniais os que, sendo de titularidade das administracións públicas, non teñan o carácter de demaniais.

### **III. OS BENS PATRIMONIAIS DA ADMINISTRACIÓN: PARTICULARIDADES E RÉXIME COMÚN COS BENS DEMANIAIS.**

#### **III.1. SIMILITUDE DE REGULACIÓN DOS BENS PATRIMONIAIS E DEMANIAIS.**

O Código civil de 1889 xa prevía a distinción entre bens demaniais e patrimoniais, entendendo que os bens patrimoniais das administracións públicas se rexerían polas normas que o propio Código civil prevía para os bens dos particulares, mentres que os bens de dominio público se rexerían por normas especiais configuradoras dun réxime exorbitante e distinto ao civil.

A especialidade deste réxime exorbitante consistiría, como sinala Parada Vázquez:

- Por un lado, no establecemento de limitacións que se impoñen á Administración para o manexo dos seus bens, como pode ser a inalienabilidade destes.
- Por outro lado, no outorgamento de poderes privilexiados, para a súa protección e defensa, como as potestades de deslindamento, reintegro posesorio ou desafuizamento.

No entanto, a lexislación posterior tamén foi asignando limitacións e facultades especiais deste tipo aos bens e dereitos patrimoniais da Administración, equiparables moitas delas ás dos bens demaniais, creando un réxime coincidente nalgúns aspectos (réxime común) ao lado de exorbitancias particulares de cada un dos dous tipos de bens e dereitos.

A LPAP veu recoller esta tendencia, dando en xeral un tratamento unitario a ambas as clases de bens e soamente distinguindo os bens patrimoniais ou demaniais en certos aspectos concretos (no caso dos demaniais, para atribuírlles un réxime aínda máis exorbitante que aos bens patrimoniais).

### **III.2. PARTICULARIDADES DO RÉXIME DOS BENS PATRIMONIAIS.**

O artigo 7.1 LPAP, de *aplicación xeral*, achega unha definición negativa, ao sinalar que “son bens e dereitos de dominio privado ou patrimoniais os que, sendo de titularidade das administracións públicas, non teñan o carácter de demaniais”.

O artigo 7.2 LPAP, non básico, sinala que, en todo caso, terán a consideración de patrimoniais da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos:

- Os dereitos de arrendamento.
- Os valores e títulos representativos de accións e participacións no capital de sociedades mercantís (como Navantia) ou de obrigacións emitidas por estas.
- Os contratos de futuros e opcións (acordo de comprar ou vender no futuro a un prezo prefixado) cuxo activo subxacente (o obxecto do contrato) estea constituído por accións ou participacións en entidades mercantís.
- Os dereitos de propiedade incorporal (dereito de patente, dereitos de autor...), e
- Os dereitos de calquera natureza que se deriven da titularidade dos bens e dereitos patrimoniais.

Tamén sen carácter *básico*, o artigo 7.3 LPAP establece que o réxime de adquisición, administración, defensa e alleamento dos bens e dereitos patrimoniais será:

1) O previsto na LPAP e nas disposicións que a desenvolvan ou complementen. 2) Supletoriamente, aplicaranse as normas do dereito administrativo (como a Lei 30/1992), en todas as cuestións relativas á competencia para adoptar os correspondentes actos e ao procedemento que se deba seguir para iso, e as normas do dereito privado (o Código civil, principalmente) no que afecte os restantes aspectos do seu réxime xurídico.

O artigo 8.1 LPAP, de carácter *básico*, dispón que a xestión e administración dos bens e dereitos patrimoniais polas administracións públicas se axustarán aos seguintes principios:

- Eficiencia e economía (aforro) na súa xestión.

Eficacia e rendibilidade na explotación destes bens e dereitos.

Publicidade, transparencia, concorrência e obxectividade na adquisición, explotación e alleamento destes bens.

Identificación e control a través de inventarios ou rexistros adecuados.

Colaboración e coordinación entre as diferentes administracións públicas, co fin de optimizar a utilización e o rendemento dos seus bens.

O artigo 8.2 LPAP, non básico, engade que, en todo caso, a xestión dos bens patrimoniais deberá coadjuvar (contribuír) ao desenvolvemento e execución das distintas políticas públicas en vigor e, en particular, ao da política de vivenda, en coordinación coas administracións competentes.

O artigo 12.1 LPAP, non básico, sinala que a representación da Administración xeral do Estado nas actuacións relativas aos seus bens e dereitos patrimoniais corresponde ao Ministerio de Facenda, que a exercerá a través da Dirección Xeral do Patrimonio do Estado e as Delegacións de Economía e Facenda. A representación da Administración xeral do Estado en materia patrimonial, que corresponde ao ministro de Facenda, exercerase no exterior por medio do representante diplomático, que poderá delegala de maneira expresa en funcionarios da correspondente embaixada ou representación.

O artigo 12.2 LPAP, non básico, engade que a representación dos organismos públicos vinculados á Administración xeral do Estado nas actuacións relativas aos seus bens e dereitos patrimoniais lles corresponderá aos órganos que legal ou estatutariamente a teñan atribuída e, en defecto de atribución expresa, aos seus presidentes ou directores.

O artigo 30.2 LPAP, de *aplicación xeral*, establece que os bens e dereitos patrimoniais poderán ser alleados seguindo o procedemento e logo de cumprimento dos requisitos legalmente establecidos. De igual forma, estes bens e dereitos poderán ser obxecto de prescrición adquisitiva (“usucapión”) por terceiros de acordo co disposto no Código civil e nas leis especiais.

O artigo 30.3 LPAP, sen carácter *básico*, sinala que ningún tribunal nin autoridade administrativa poderá ditar providencia de embargo nin despachar mandamento de execución contra os bens e dereitos patrimoniais:

- Cando se encontren materialmente afectados un servizo público ou unha función pública (caso xa comentado con anterioridade),
- Cando os seus rendementos ou o produto do seu alleamento estean legalmente afectados a fins determinados (como sería o caso dunha propiedade incautada a un narcotraficante cuxos rendementos se destinan á loita contra a drogodependencia), ou
- Cando se trate de valores ou títulos representativos do capital de sociedades estatais que executen políticas públicas ou presten servizos de interese económico xeral (como Navantia).

O cumprimento das resolucións xudiciais que determinen obrigacións a cargo da Administración xeral do Estado ou os seus organismos efectuarase de conformidade co disposto nos artigos 23 da Lei 47/2003, do 26 de novembro, xeral orzamentaria, e 106 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.

A diferenza dos particulares que, en caso de despoxo da posesión dos seus bens, teñen que acudir á vía xudicial para recuperala, o artigo 55.1 LPAP, de carácter *básico*, sinala que as administracións públicas poderán recuperar por si mesmas a posesión indebidamente perdida sobre os bens e dereitos do seu patrimonio.

Como indica o artigo 55.3 LPAP, tamén de carácter *básico*, se se trata de bens e dereitos patrimoniais, a recuperación da posesión en vía administrativa require que a iniciación do procedemento fose notificada antes de que transcorra o prazo dun ano, contado desde o día seguinte ao da usurpación. Iso si, pasado o dito prazo, para recuperar a posesión destes bens deberán exercerse as accións correspondentes ante os órganos da orde xurisdiccional civil, como tería que facer calquera particular no mesmo caso.

Os artigos 110 a 154 LPAP regulan a xestión patrimonial dos bens patrimoniais:

O artigo 110.1 LPAP, non básico, establece que os contratos, convenios e demais negocios xurídicos sobre bens e dereitos patrimoniais se rexerán: a) En canto á súa preparación e adxudicación, por estalei e as súas disposicións de desenvolvemento e no

non previsto nestas normas, pola lexislación de contratos das administracións públicas. b) Os seus efectos e extinción rexeranse por esta lei e as normas de privado.

Pola súa parte, o punto 3, de *aplicación xeral*, deste artigo 110 LPAP dispón que a orde xurisdiccional civil será o competente para resolver as controversias que xurdan sobre estes contratos entre as partes. Non obstante, consideraranse actos xurídicos separables os que se diten en relación coa súa preparación e adxudicación e, en consecuencia, poderán ser impugnados ante a orde xurisdiccional contencioso-administrativo de acordo coa súa normativa reguladora (co que a competencia da orde xurisdiccional civil queda reservada para os actos ditados en relación cos efectos e a extinción destes contratos).

Segundo o artigo 111 LPAP, non básico, os contratos, convenios e demais negocios xurídicos sobre os bens e dereitos patrimoniais están suxeitos ao principio de liberdade de pactos. A Administración pública poderá, para a consecución do interese público, concertar as cláusulas e condicións que teña por conveniente, sempre que non sexan contrarias ao ordenamento xurídico (principio de legalidade), ou aos principios de boa administración (como a eficacia e a eficiencia).

En canto ao arrendamento de inmobles, o artigo 122 LPAP, non básico, indica que compete ao ministro de Facenda arrendar os bens inmobles que a Administración xeral do Estado precise para o cumprimento dos seus fins, por petición, se é o caso, do departamento interesado. Igualmente, compete ao ministro de Facenda declarar a prórroga, novación, resolución anticipada ou cambio de órgano ou organismo ocupante. A instrución destes procedementos corresponderá á Dirección Xeral do Patrimonio do Estado. Unha vez concertado o arrendamento, corresponderá ao departamento ou organismo que ocupe o inmovible o exercicio dos dereitos e facultades (o desfrute do inmovible, principalmente) e o cumprimento das obrigacións propias do arrendatario (como, por exemplo, o pagamento do alugueiro).

En canto á conservación dos bens e dereitos patrimoniais, segundo o artigo 130.1 LPAP, non básico, a conservación dos bens e dereitos patrimoniais da Administración xeral do Estado compete á Dirección Xeral do Patrimonio do Estado a través das delegacións de Economía e Facenda.

Respecto do alleamento e gravame, o artigo 131 LPAP, non básico, sinala que os bens e dereitos patrimoniais do patrimonio do Estado que non sexan necesarios para o exercicio das competencias e funcións propias da Administración xeral do Estado ou dos seus organismos públicos poderán ser alleados conforme as normas establecidas neste capítulo (ademais, de non ser necesarios, non debe resultar conveniente a súa explotación, xa que o artigo 138 LPAP, non básico, dá a entender a preferencia da explotación sobre a venda).

Non obstante, poderá acordarse o alleamento de bens do patrimonio do Estado con reserva do uso temporal destes cando, por razóns excepcionais, debidamente xustificadas, resulte conveniente para o interese público (isto permite á Administración obter o diñeiro do alleamento, sen por iso perder o uso –aínda que temporal- do ben). Esta utilización temporal poderá instrumentarse a través da celebración de contratos de arrendamento ou calquera outro que habilite para o uso dos bens alleados, simultáneos ao negocio de alleamento e sometidos ás mesmas normas de competencia e procedemento que este.

O artigo 132 LPAP, non básico, indica que o alleamento dos bens e dereitos do patrimonio do Estado se poderá efectuar en virtude de calquera negocio xurídico translativo, típico ou atípico, de carácter oneroso. O alleamento a título gratuito soamente será admisible nos casos en que se acorde a súa cesión conforme os artigos 145 a 151 LPAP, referentes á cesión gratuíta de bens ou dereitos.

De acordo co artigo 137.1 LPAP o alleamento dos inmobles poderá realizarse mediante concurso, poxa ou adxudicación directa, sendo o concurso o procedemento ordinario, segundo rezan os puntos 1 e 2, non básicos, do artigo 137.

Polo que respecta á cesión gratuíta de bens ou dereitos patrimoniais, o artigo 145 LPAP, non básico, sinala que os bens e dereitos patrimoniais da Administración xeral do Estado cuxa afectación ou explotación non se xulgue previsible poderán ser cedidos gratuitamente, para a realización de fins de utilidade pública ou interese social da súa competencia, a comunidades autónomas, entidades locais, fundacións públicas (como a Fundación Semana Verde de Galicia) ou asociacións declaradas de utilidade pública (como a Asociación Coruñesa de Esclerose Múltiple, ou a Asociación Galega contra as Enfermidades Neuromusculares).

Igualmente, estes bens e dereitos poderán ser cedidos a Estados estranxeiros e organizacións internacionais (como a ONU), cando a cesión se efectúe no marco de operacións de mantemento da paz, cooperación policial ou axuda humanitaria e para a realización de fins propios destas actuacións.

A cesión poderá ter por obxecto a propiedade do ben ou dereito ou soamente o seu uso. En ambos os casos, a cesión levará aparellada para o cesionario a obrigação de destinar os bens ao fin (a cesión sempre ten un carácter finalista) expresado no correspondente acordo. Adicionalmente, esta transmisión poderá suxeitarse a condición, termo ou modo, que se rexerán polo disposto no Código civil.

Cando a cesión teña por obxecto a propiedade do ben ou dereito soamente poderán ser cesionarias as comunidades autónomas, entidades locais ou fundacións públicas.

En canto á permuta de bens e dereitos, segundo o artigo 153 LPAP, non básico, os bens e dereitos do patrimonio do Estado poderán ser permutados cando por razóns debidamente xustificadas no expediente resulte conveniente para o interese público, e a diferenza de valor entre os bens ou dereitos que se trate de permutar, segundo taxación, non sexa superior ao 50 % dos que o teñan maior (por tanto, cabería permutar, pola súa contía, un terreo valorado en 10.000 € por outro de 5.000 €, pagándose a diferenza en diñeiro). Se a diferenza fose maior, o expediente tramitarase como alleamento con pagamento de parte do prezo en especie (sería o caso no que o terreo mencionado, en vez de 5.000 €, tivese un valor de 3.000 ó 4.000 €). A permuta poderá ter por obxecto edificios a construír.

### **III.3. RÉXIME COMÚN DOS BENS PATRIMONIAIS E DEMANIAIS.**

A definición que achega o artigo 9.1 LPAP, non básico, abarca tanto bens patrimoniais como a demaniais: o patrimonio do Estado está integrado polo patrimonio da Administración xeral do Estado e os patrimonios dos organismos públicos que se encontren en relación de dependencia ou vinculación con esta.

Tamén incluíamos neste grupo as disposicións referidas a desconcentración, avocación, representación en xuízo, coordinación e colaboración, nos artigos 11, 12.3, 13 e 14 LPAP, non básicos.

## 1. A adquisición de bens e dereitos.

O artigo 16 LPAP, non básico, indica que os bens e dereitos da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos se entenden adquiridos co carácter de patrimoniais, sen prexuízo da súa posterior afectación ao uso xeral ou ao servizo público.

Segundo o artigo 15 LPAP, de *aplicación xeral*, as Administracións públicas poderán adquirir bens e dereitos por calquera dos modos previstos no ordenamento xurídico e, en particular, polos seguintes:

- Por atribución da lei.

A título oneroso, con exercicio ou non da potestade de expropiación.

Por herdanza, legado ou doazón.

Por prescrición.

Por ocupación.

- Por atribución da lei: como sinala Ramón Parada, a adquisición por lei comprendería o caso das leis singulares expropiativas (caso Rumasa, LEI 7/1983, do 19 de xuño), os supostos de cesión obrigatoria establecidos en leis xerais (cesións urbanísticas, e en particular, os terreos necesarios para viaxes, prazas e servizos), ou as cualificacións de xéneros completos de propiedades ou facultades do dereito de propiedade como de dominio público (como fixo a Lei 29/1985, do 2 de agosto, de augas, que cualificou de dominio público as augas subterráneas).

Os números 1 e 2 do artigo 17 LPAP, de *aplicación xeral*, engaden outro suposto, ao sinalar que pertencen á Administración xeral do Estado os inmobles que carecen de dono (son os chamados “bens sen dono”). A adquisición destes bens producirase por ministerio da lei, sen necesidade de que medie acto ou declaración ningunha por parte da Administración xeral do Estado. O mesmo artigo 17 LPAP termina sinalando, nos seus números 3 e 4, tamén de *aplicación xeral*, que a Administración xeral do Estado poderá tomar posesión dos bens así adquiridos en vía administrativa, sempre que non estivesen sendo posuídos por ninguén a título de dono, e sen prexuízo dos dereitos de terceiro. Ademais, e existise un posuidor en concepto de dono, a Administración xeral do Estado deberá iniciar a acción que corresponda ante os órganos da orde xurisdiccional civil.



Outro suposto é o dos saldos e depósitos abandonados, recollido no artigo 18 LPAP, de *aplicación xeral*, que indica que corresponden á Administración xeral do Estado os valores, diñeiro e demais bens mobles depositados na Caixa Xeral de Depósitos e en entidades de crédito, sociedades ou axencias de valores ou calquera outra entidade financeira, así como os saldos de contas correntes, cadernos de aforro ou outros instrumentos similares abertos nestes establecementos, respecto dos cales os interesados non practicasen ningunha xestión que implique o exercicio do seu dereito de propiedade no prazo de 20 anos.

- A título oneroso e de carácter voluntario: o artigo 19 LPAP, non básico, establece que as adquisicións de bens e dereitos a título oneroso (non gratuíto) e de carácter voluntario (como sería o caso dunha compravenda) se rexerán polas disposicións da LPAP e supletoriamente polas normas do dereito privado, civil ou mercantil.

De acordo co artigo 115.1 LPAP, non básico, para a adquisición de bens ou dereitos, a Administración poderá concluír calquera contrato, típico (como a compravenda) ou atípico (como o *leasing* ou arrendamento financeiro).

En canto á adquisición de inmobles ou dereitos sobre estes, o artigo 116.1 LPAP, non básico, sinala que no ámbito da Administración xeral do Estado, a competencia para adquirir a título oneroso bens inmobles ou dereitos sobre estes corresponde ao ministro de Facenda. A tramitación do procedemento corresponderá á Dirección Xeral do Patrimonio do Estado.

Con respecto aos bens mobles, o artigo 120.1 LPAP, non básico, sinala que a adquisición de bens mobles pola Administración xeral do Estado ou os seus organismos autónomos se rexerá pola lexislación que regula a contratación das administracións públicas (en esencia, contrato de subministracións).

O artigo 121.1 LPAP, non básico, establece que a adquisición dos dereitos de propiedade incorporal pola Administración xeral do Estado a efectuará o ministro de Facenda, por proposta, se é o caso, do titular do departamento interesado nesta. O número 4, de carácter *básico*, deste artigo indica que cando a adquisición de dereitos de propiedade incorporal teña lugar en virtude de contratos administrativos (como sería o caso, por exemplo, dun contrato de servizos para o deseño dunha nova imaxe corporativa

do INSALUD ou do SERGAS), se aplicará o disposto na lexislación de contratos das administracións públicas. A adquisición destes dereitos por medio de convenios de colaboración (por exemplo, cunha universidade) axustarase ás súas normas especiais e ao establecido nos propios convenios.

- Por herdanza, legado ou doazón: o artigo 20 LPAP establece normas especiais sobre adquisicións hereditarias. O seu número 1, non básico, sinala que a aceptación das herdanzas, xa fosen deferidas testamentariamente ou en virtude de lei, se entenderá feita sempre a beneficio de inventario (o que terá como principal efecto, de acordo co artigo 1023 CC, que as Administracións públicas non quedan obrigadas ao pagamento das débedas e demais cargas da herdanza senón ata onde alcancen os bens desta). Os números 2 e 3, de *aplicación xeral*, deste artigo 20 LPAP, sinalan que cando unha disposición gratuíta se efectuase a favor dunha Administración pública para o cumprimento de fins ou a realización de actividades que sexan da competencia exclusiva doutra, se notificará a existencia de tal disposición á Administración competente co fin de que sexa aceptada, se é o caso, por esta. Se a disposición se efectuase para a realización de fins de competencia das administracións públicas sen designación precisa do beneficiario, entenderase efectuada a favor da Administración competente e, de haber varias con competencias concorrentes, a favor da de ámbito territorial superior de entre aquelas a que puidese corresponder por razón do domicilio do causante.

O artigo 21 LPAP, non básico, sinala no seu punto 1 que corresponde ao ministro de Facenda aceptar as herdanzas, legados e doazóns a favor da Administración xeral do Estado, salvo os casos en que, de acordo coa Lei do patrimonio histórico español, a competencia estea atribuída ao ministro de Educación, Cultura e Deporte. Non obstante, as doazóns de bens mobles serán aceptadas polo ministro titular do departamento competente cando o doante sinalase o fin a que se deben destinar.

- Por prescripción: de acordo co artigo 22 LPAP, de *aplicación xeral*, as administracións públicas poderán adquirir bens por prescripción adquisitiva (“usucapión”, é dicir, adquisición da propiedade ou dun dereito real mediante o seu exercicio nas condicións e durante o tempo previsto pola lei) de acordo co establecido no Código civil (artigos 1940 a 1960 CC) e nas leis especiais.

▪ Por ocupación: o artigo 23 LPAP, de *aplicación xeral*, indica que a ocupación de bens mobles (tesouros, caza, pesca...) polas administracións públicas se regulará polo establecido no Código civil (artigos 610 a 617 CC) e nas leis especiais (Lei de patrimonio histórico español, leis de caza e pesca...).

Os artigos 25 e 26 LPAP, non básicos, pola súa parte, aluden a adxudicacións de bens e dereitos en procedementos xudiciais ou administrativos, que se producen en pagamento de débedas (xeralmente, por impostos ou multas impagadas).

## 2. Obrigación de protexer e defender o patrimonio.

O artigo 28 LPAP, *básico*, sinala que as administracións públicas están obrigadas a protexer e defender o seu patrimonio. Para tal fin, protexerán adecuadamente os bens e dereitos que o integran, procurarán a súa inscrición rexistral e exercerán as potestades administrativas e accións xudiciais que sexan procedentes para iso.

Con respecto ao deber de custodia, o artigo 29.1 LPAP, non básico, establece que os titulares dos órganos competentes que teñan ao seu cargo bens ou dereitos do patrimonio do Estado están obrigados a velar pola súa custodia e defensa, nos termos establecidos neste título. O seu punto 2, *básico*, engade que iguais obrigacións competen aos titulares de concesións e outros dereitos sobre os bens de dominio público.

## 3. Transacción e sometemento a arbitraje.

O artigo 31 LPAP, non básico, indica que non se poderá transixir ("consentir en parte co que non se cre xusto, razoable ou verdadeiro, co fin de acabar cunha diferenza") xudicial nin extraxudicialmente sobre os bens e dereitos do patrimonio do Estado, nin someter a arbitraje as contendas que se susciten sobre estes, senón mediante real decreto acordado en Consello de Ministros, por proposta do de Facenda, logo de ditame do Consello de Estado en pleno.

## 4. Inventario de bens e dereitos.

O artigo 32.1 LPAP, *básico*, establece que as administracións públicas están obrigadas a inventariar os bens e dereitos que integran o seu patrimonio (por conseguinte, tanto os seus bens patrimoniais como os demaniais), facendo constar, co suficiente detalle, as mencións necesarias para a súa identificación e as que resulten precisas para reflectir a súa situación xurídica e o destino ou uso a que están sendo dedicados.

O seu punto 4, tamén *básico*, sinala que o inventario patrimonial das comunidades autónomas, entidades locais e entidades de dereito público vinculadas ou dependentes delas incluírá, ao menos, os bens inmobles e os dereitos reais sobre estes.

A imposición deste deber ás administracións é relativamente recente, pois, sobre todo en relación cos bens de dominio público (pénsese na zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona económica e a plataforma continental), a ostensibilidade da súa existencia parecía non facelo necesario. En canto se constatou que con certos bens (como os montes públicos) podería haber problemas en canto á definición da súa titularidade empezou a implantarse a súa obrigatoriedade.

#### 5. O réxime rexistral.

O artigo 36.1 LPAP establece claramente que as administracións públicas deben inscribir nos correspondentes rexistros (esencialmente, o de propiedade) os bens e dereitos do seu patrimonio, xa sexan demaniais ou patrimoniais, que sexan susceptibles de inscrición, así como todos os actos e contratos referidos a eles que poidan ter acceso aos ditos rexistros. Non obstante, a inscrición será potestativa para as administracións públicas no caso de arrendamentos inscribibles conforme a lexislación hipotecaria.

#### 6. Defensa dos patrimonios públicos.

O artigo 41 LPAP, *básico*, sinala que para a defensa do seu patrimonio, as administracións públicas terán as seguintes facultades e prerrogativas:

- a. Investigar a situación dos bens e dereitos que presumiblemente pertencen ao seu patrimonio.
- b. Deslindar en vía administrativa os inmobles da súa titularidade.
- c. Recuperar de oficio a posesión indebidamente perdida sobre os seus bens e dereitos.
- d. Desafiuzar en vía administrativa os posuídores dos inmobles demaniais, unha vez extinguido o título que amparaba a tenza.

2. O coñecemento das cuestións de natureza civil que se susciten con ocasión do exercicio pola Administración de potestades corresponderá aos órganos desta orde xurisdiccional.

3. As entidades públicas empresariais dependentes da Administración xeral do Estado ou vinculadas a ela e as entidades asimilables ás anteriores vinculadas ás administracións das comunidades autónomas e corporacións locais soamente poderán exercer as potestades enumeradas no punto 1 deste artigo para a defensa de bens que teñan o carácter de demaniais.

O artigo 43 LPAP, de *aplicación xeral*, sinala que fronte ás actuacións que, en exercicio das facultades e potestades enumeradas no artigo 41 desta lei e de acordo co procedemento establecido, realicen as administracións públicas non caberá a acción para a tutela sumaria da posesión (os antigos interditos posesorios, que agora se substitúen por xuízos verbais, e que teñen por obxecto determinar quen é o posuidor lexítimo do ben de forma provisional) prevista no artigo 250.4 da Lei 1/2000, do 7 de xaneiro, de axuizamento civil. As demandas nas que se exerce esta pretensión non serán admitidas a trámite.

Os actos administrativos ditados nos procedementos que se sigan para o exercicio destas facultades e potestades que afecten titularidades e dereitos de carácter civil soamente poderán ser recorridos ante a xurisdición contencioso-administrativa por infracción das normas sobre competencia (por exemplo, o órgano que practicou o deslindamento non era o competente) e procedemento (por exemplo, non se publicou no BOE nin no taboleiro de edictos do concello o inicio do procedemento de deslindamento, ou no procedemento de recuperación de oficio, non se deu audiencia ao interesado ou non se lle deu un prazo de oito días para que cese na súa usurpación posesoria), logo de esgotamento da vía administrativa.

Aqueles que se consideren prexudicados en canto ao seu dereito de propiedade ou outros de natureza civil polos ditos actos poderán exercer as accións pertinentes ante os órganos da orde xurisdicional civil, logo de reclamación en vía administrativa conforme as normas do título VIII da Lei 30/1992, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común.

O artigo 45 LPAP, *básico*, establece que as administracións públicas teñen a facultade (igual que calquera outro propietario) de investigar a situación dos bens e dereitos que presumiblemente formen parte do seu patrimonio, co fin de determinar a titularidade destes cando esta non lles conste de modo certo.

A LPAP alude a esta potestade de deslindamento no artigo 50, de carácter *básico*, que establece que as administracións públicas poderán deslindar os bens inmobles do seu patrimonio doutros pertencentes a terceiros cando os límites entre eles sexan imprecisos ou existan indicios de usurpación, e como expresión do principio de autotutela, sinala que, unha vez iniciado o procedemento administrativo de deslindamento e mentres dure a súa tramitación, non se poderá instar procedemento xudicial con igual pretensión.

Como vimos anteriormente, o artigo 55 LPAP, *básico*, sinala que as administracións públicas poderán recuperar por si mesmas a posesión indebidamente perdida sobre os bens e dereitos do seu patrimonio, con certas diferenzas segundo o ben sexa demanial ou patrimonial, como se indica nos seus puntos respectivos.

#### 7. Cooperación na defensa dos patrimonios.

Os artigos 61 a 64 LPAP regulan a cooperación na defensa dos patrimonios públicos; destacan os dous primeiros, de carácter *básico*, que regulan a colaboración do persoal ao servizo da Administración e a colaboración cidadá.

### **IV. O DOMINIO PÚBLICO: CONCEPTO, NATUREZA XURÍDICA, ELEMENTOS E RÉXIME XURÍDICO.**

Tal como vimos, o artigo 5.1 LPAP, de *aplicación xeral*, sinala que “son bens e dereitos de dominio público os que, sendo de titularidade pública, se encontren afectados ao uso xeral ou ao servizo público, así como aqueles aos que unha lei outorgue expresamente o carácter de demaniais”. O número 2, tamén de *aplicación xeral*, sinala que “son bens de dominio público estatal, en todo caso, os mencionados no artigo 132.2 da Constitución”, que se mencionarán máis adiante.

#### 1. Afectados ao uso xeral.

O artigo 339.1 CC sinala que son bens de dominio público “os destinados ao uso público, como os camiños, canles, ríos, torrentes, portos e pontes construídos polo Estado, as ribeiras, praias, radas e outros análogos”, e o artigo 344 CC que “son bens de uso público, nas provincias e as aldeas, os camiños provinciais e os veciñais, as prazas, rúas, fontes e augas públicas, os paseos e as obras públicas de servizo xeral, custeadas polas mesmas aldeas ou provincias”.

Pola súa parte, o artigo 74 do Real decreto legislativo 781/1986, do 18 de abril, polo que se aproba o texto refundido das disposicións legais vixentes en materia de réxime local (TRRL) establece que “son bens de uso público local os camiños e estradas, prazas, rúas, paseos, parques, augas, fontes, canles, pontes e demais obras públicas de aproveitamento ou utilización xerais cuxa conservación e policía sexan da competencia da entidade local”.

Tamén no ámbito local, o artigo 3.1 do Real decreto 1372/1986, do 13 de xuño, polo que se aproba o Regulamento de bens das entidades locais (RBEL) establece que son bens de uso público local os camiños, prazas, rúas, paseos, parques, augas de fontes e estanques, pontes e demais obras públicas de aproveitamento ou utilización xerais cuxa conservación e policía sexan da competencia da entidade local.

## 2. Afectados ao servizo público.

O termo “servizo público”, como sinala Parada Vázquez, seguiu unha evolución en canto ao seu significado:

- O Código civil de 1889 adoptou unha concepción restritiva, por canto soamente facía mención de bens afectados ao servizo público pertencentes ao Estado (e non a outras administracións), e o servizo público prestado soamente se refería á defensa nacional (“murallas, fortalezas e demais obras de defensa do territorio”, artigo 339.2 CC; tamén 341 CC).

- O TRRL de 1986 veu ampliar esta concepción ao prever no seu artigo 74.2 que “son bens de servizo público os destinados ao cumprimento de fins públicos de responsabilidade das entidades locais, tales como casas do concello, palacios provinciais e, en xeral, edificios que sexan sede destas, matadoiros, mercados, lonxas, hospitais, hospicios, museos, así como os montes catalogados de propiedade provincial”.

No mesmo sentido, o artigo 4 RBEL de 1986 indica que “son bens de servizo público os destinados directamente ao cumprimento de fins públicos de responsabilidade das entidades locais, tales como casas do concello, palacios provinciais e, en xeral, edificios que sexan destas, matadoiros, mercados, lonxas, hospitais, hospicios, museos, montes catalogados, escolas, cemiterios, elementos de transporte, piscinas e campos de deporte,



e, en xeral, calquera outro ben directamente destinado á prestación de servizos públicos ou administrativos”.

- A LPAP de 2003, pola súa parte, non establece ningún condicionamento ao servizo público referido, co que asume unha concepción ampla que afecta, en canto á titularidade, calquera Administración, e en canto ao obxecto, a totalidade das funcións administrativas típicas, sen que se exixa unha especial idoneidade ou unha especial conexión do ben co servizo público correspondente (tal como sucede en Francia), considerándose igualmente demaniais a mesa dun funcionario, un coche de policía ou un mísil do exército.

3. Aqueles aos que unha lei outorgue expresamente o carácter de demaniais.

O artigo 132.2 CE sinala que “son bens de dominio público estatal os que determine a lei e, en todo caso, a zona marítimo-terrestre, as praias, o mar territorial e os recursos naturais da zona económica e a plataforma continental”.

Pola súa parte, o artigo 5.3 LPAP, non básico, indica que “os inmobles de titularidade da Administración xeral do Estado ou dos organismos públicos vinculados a ela ou dependentes desta en que se aloxen servizos, oficinas ou dependencias dos seus órganos ou dos órganos constitucionais do Estado (como o Tribunal Constitucional ou o Defensor do Pobo) se considerarán, en todo caso, bens de dominio público”, referencia quizais innecesaria, en canto que estes bens xa se consideran de dominio público pola súa afectación a un servizo público.

Ademais, o artigo 66.1.e) LPAP, non básico, considera afectados os bens mobles necesarios para o desenvolvemento dos servizos públicos ou para a decoración de dependencias oficiais.

Entrando no que vén chamándose lexislación sectorial, Santamaría Pastor fai unha relación dos bens cualificados como demaniais pola vixente lexislación estatal:

- O dominio público aeroportuario (Lei 48/1960, do 21 de xullo, sobre navegación aérea).

- As minas (artigo 2 da Lei 22/1973, do 21 de xullo, de minas).



- As estradas, autovías e autoestradas e as súas franxas anexas (artigo 21 da Lei 25/1988, do 29 de xullo, de estradas).

- O dominio público portuario (artigo 67 do Real decreto legislativo 2/2011, do 5 de setembro, polo que se aproba o texto refundido da Lei de portos do Estado e da mariña mercante.)

- As vías pecuarias (artigo 2 da Lei 3/1995, do 23 de marzo, de vías pecuarias).

- O dominio público hidráulico (artigo 2 do Real decreto legislativo 1/2001, do 20 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de augas).

- O espectro radioeléctrico (artigo 60 da Lei 9/2014, do 9 de maio, xeral de telecomunicacións.)

- O dominio público ferroviario (artigo 12 e 13 da Lei 38/2015, do 29 de setembro, do sector ferroviario.

- Os montes de dominio público (artigo 12.1 da Lei 43/2003, do 21 de novembro, de montes).

En canto á NATUREZA XURÍDICA DO DOMINIO PÚBLICO: o Código Napoleónico de 1804 indicaba que os bens demaniais “non son susceptibles de propiedad privada”, o que levou aos autores da época a entender que o dominio público non supoñía realmente o exercicio dun dereito de propiedad, senón dun poder de soberanía, ou de policía, garda ou vixilancia.

A Escola do Servizo Público (León Duguit e Gastón Jeze) entendeu innecesaria a consideración do dominio público como unha propiedad. Ao seu xuízo, o criterio de competencia chegaba para explicar as facultades e prerrogativas da Administración sobre esta clase de bens.

Foi Maurice Hauriou, coetáneo dos anteriores, o que en 1892 defendeu a consideración do dominio público como unha modalidade do dereito real de propiedad, tese seguida pola xurisprudencia francesa e asumida pola nosa Lei do patrimonio do Estado de 1964, que fai referencia, no seu artigo 1, aos “bens *propiedad* do Estado que teñen a consideración de demaniais”, mentres que o artigo 5.1 LPAP, de *aplicación xeral*, fala de *titularidade* pública, na medida en que abarca tanto bens como dereitos.

A xuízo de Parada Vázquez, ningunha tese resolve satisfactoriamente o debate, pero, ao seu xuízo, a que entendo dominio público como unha propiedade serviu tanto para establecer un réxime de protección e seguridade xurídica (acceso a rexistros, accións defensivas, deslindamento...), encaixables no concepto de propiedade, como para que os particulares poidan formular cuestións de propiedade ante os tribunais civís (que son os exclusivamente competentes para tratar cuestións de propiedade, artigo 9.4 LOPX).

Pola súa parte, Santamaría Pastor entende que a cualificación de dereito de propiedade encaixa ben con respecto aos bens afectados aos servizos públicos, pero non con respecto ao chamado *demanio natural* (é dicir, os bens cuxas condicións físicas non son similares a outros bens de propiedade privada, como os ríos, o espazo aéreo, a zona marítimo-terrestre...), para o que o dominio público se concibe máis ben como un título xurídico público de intervención, e engade que a razón principal de atribuír a súa titularidade aos entes públicos é a de excluír a súa apropiación por particulares e evitar a súa desnaturalización.

#### Respecto aos ELEMENTOS DO DOMINIO PÚBLICO: suxeitos, obxecto e destino

1. Suxeitos: o noso Código civil, de 1889, soamente prevía, como titulares dos bens de dominio público, ao Estado, as provincias e as aldeas, polo que a doutrina entendeu que soamente os entes territoriais (entre os que, hoxe en día, habería que incluír ás CCAA) podían ser titulares destes bens, e non os entes instrumentais (organismos públicos, como o SERGAS, a EGAP ou a AGASP).

Tanto as normas sectoriais como a LPAP desmenten esta tese, previndo expresamente que os organismos públicos poidan tamén ser titulares tanto de bens como de dereitos demaniais.

2. Obxecto: o artigo 5.1 LPAP, de carácter xeral, menciona tanto os bens como os dereitos, para efectos da súa consideración como demaniais:

- En canto aos bens, estes poden ser tanto inmobles (un edificio administrativo ou unha estrada) como mobles (un cadro de Velázquez ou unha arma do exército).

- Con respecto aos dereitos, o normal será o dereito de propiedade, aínda que tamén se abre a posibilidade de incluír dereitos sobre cousa allea, como as servidumes, cumprindo sempre cos requisitos de afectación ou mención legal que exige o citado artigo

5.1 LPAP. Dentro do dereito de propiedade, hai que incluír o dereito de propiedade industrial ou intelectual -como o do Estado sobre o himno nacional-.

3. Destino: facer referencia ao destino ou fin dos bens e dereitos demaniais obriga a analizar o concepto xurídico da afectación, incluíndo neste termo tanto a vinculación do ben ou dereito a un uso xeral ou servizo público, como a inclusión do ben ou dereito na categoría de demanial por atribución dunha lei (artigos 65 e 66.1 LPAP.

Neste sentido amplo, a afectación pode producirse:

A) Por vía legal: neste suposto, unha norma de rango de lei atribúe expresamente o carácter de demaniais a unha determinada categoría de bens, como pode ser a Lei de estradas con respecto ás estradas estatais. Neste tipo de afectación debe incluírse o caso de afectación constitucional que realiza o artigo 132.2 CE.

B) Por vía administrativa: nesta vía encontrámonos tres supostos:

- Afectación expresa. Tramítase un procedemento administrativo directamente encamiñado a afectar un ben a un uso xeral ou servizo público.

O artigo 66.1 LPAP, non básico, alude a este tipo de afectación ao sinalar que, salvo que a afectación derive dunha norma con rango legal, esta deberá facerse en virtude de acto expreso polo órgano competente, no cal se indicará o ben ou dereito a que se refira, o fin ao que se destina, a circunstancia de quedar aquel integrado no dominio público e o órgano ao que corresponda o exercicio das competencias demaniais, incluídas as relativas á súa administración, defensa e conservación.

Os pasos a dar no procedemento administrativo de afectación veñen establecidos no artigo 68 LPAP, non básico.

- Afectación implícita. Tramítase un procedemento administrativo, non directamente encamiñado a afectar, pero que supoñerá na práctica que un ben ou dereito quede afectado a un uso xeral ou servizo público.

Exemplos deste tipo de afectación veñen recollidos nas letras c) e d) do artigo 66.2 LPAP, non básico: "Producirán os mesmos efectos da afectación expresa os feitos e actos seguintes: C) A adquisición de bens e dereitos por expropiación forzosa, suposto no que, de conformidade co disposto no artigo 24.2 desta lei, os bens ou dereitos adquiridos se

entenderán afectados ao fin determinante da declaración de utilidade pública ou interese social. D) A aprobación polo Consello de Ministros de programas ou plans de actuación xeral, ou proxectos de obras ou servizos, cando deles resulte a vinculación de bens ou dereitos determinados a fins de uso ou servizo público.

- Afectación presunta. Non se tramita procedemento administrativo ningún, pero prodúcese de feito unha vinculación dun ben a un uso xeral ou servizo público.

Exemplos desta modalidade de afectación encontrámoslos nas letras a) e b) do artigo 66.2 LPAP, non básico: “producirán os mesmos efectos da afectación expresa os feitos e actos seguintes: A) A utilización pública, notoria e continuada pola Administración xeral do Estado ou os seus organismos públicos de bens e dereitos da súa titularidade para un servizo público ou para un uso xeral. B) A adquisición de bens ou dereitos por usucapión, cando os actos posesorios que determinou a prescrición adquisitiva vinculasen o ben ou dereito ao uso xeral ou a un servizo público, sen prexuízo dos dereitos (como as servidumes) adquiridos sobre eles por terceiras persoas ao abeiro das normas de dereito privado.

O artigo 67.1 LPAP, non básico, regula as afectacións concorrentes sinalando que os bens e dereitos do patrimonio do Estado poderán ser obxecto de afectación a máis dun uso ou servizo da Administración xeral do Estado ou dos seus organismos públicos, sempre que os diversos fins concorrentes sexan compatibles entre si. Como exemplo pode sinalarse o suposto da estrada sobre a que pasan carrís dun tranvía.

▪En canto ás mutacións demaniais: distínguense varias clases de mutacións demaniais:

A) Mutacións obxectivas. O artigo 71.1 LPAP, non básico, se refire a esta clase de mutación ao sinalar que “a mutación demanial é o acto en virtude do cal se efectúa a desafectación dun ben ou dereito do patrimonio do Estado, con simultánea afectación a outro uso xeral, fin ou servizo público da Administración xeral do Estado ou dos organismos públicos vinculados ou dependentes dela”.

B) Mutación subxectivas. Distínguense dous tipos:

- Externa (cambio de titularidade): sería o caso de escisión ou fusión de municipios, ou agregación dunha parte dun municipio a outro: o ben ou dereito que pertencía a un municipio pasa a formar parte doutro.

- Interna (cambio de órgano no seo dunha mesma Administración): a este suposto refírese o artigo 71.3 LPAP, non básico, ao sinalar que “nos casos de reestruturación orgánica haberá que aterse, no que respecta ao destino dos bens e dereitos que tivesen afectados ou adscritos os órganos ou organismos que se supriman ou reformen, ao que se estableza na correspondente disposición. Se non se previse nada sobre este particular, entenderase que os bens e dereitos continúan vinculados aos mesmos fins e funcións, considerándose afectados o órgano ou organismo ao que atribúise as respectivas competencias sen necesidade de declaración expresa”.

▪ Respecto ao cesamento da afectación distínguese:

A) Cesamento da afectación en caso de afectación legal. Neste caso, a desafectación poderíase producir: 1) Por derogación ou modificación da norma legal ou 2) Por desnaturalización, é dicir, por perda das características físicas que facían ao ben encaixar na definición da norma legal (un río que seca, ou unha praia que desaparece baixo o arboredo e demais vexetación). Como sinala Santamaría Pastor, en certos supostos de desnaturalización, a lexislación sectorial exige desafectación expresa, como no da Lei de costas con respecto ás praias e costas, mentres que noutros, como o das Augas continentais, a desnaturalización provoca o cesamento automático da demanialidade.

B) Cesamento da afectación en caso de afectación en vía administrativa. O artigo 69 LPAP sinala que “os bens e dereitos demaniais perderán esta condición, adquirindo a de patrimoniais, nos casos en que se produza a súa desafectación, por deixar de destinarse ao uso xeral ou ao servizo público. Salvo nos supostos previstos nesta lei, a desafectación deberase realizar sempre de forma expresa”.

Pese ao literal deste artigo, non soamente nos supostos previstos na LPAP caberá outro tipo de desafectación (implícita ou presunta), senón nos supostos que prevexa calquera norma de rango legal, como a Lei de minas ou a de augas.

Na propia LPAP prevese a desafectación implícita nos seguintes casos: en caso de reversión, nunha expropiación (artigo 24.4 LPAP, parágrafo 2, non básico); en caso de

desadscripción dun ben (artigo 79 LPAP, non básico); ao ditar acordo de alleamento de bens mobles (artigo 142.2 LPAP, non básico); por cesión de bens mobles (artigo 143.3 LPAP, non básico).

Con respecto á desafectación presunta, é dicir, a desvinculación de feito ao uso xeral ou servizo público, sen tramitación de ningún procedemento administrativo, o artigo 69 LPAP, non básico, parece querer excluír esta modalidade de desafectación, pero, como indica Climent Barberá, esta interpretación é contraria á propia definición legal de dominio público (artigo 5.1 LPAP, de *aplicación xeral*) e de afectación (artigo 65 LPAP, non básico), polo que a doutrina (García de Enterría) e o Tribunal Supremo (STS do 2 de xuño de 1989 e do 22 de xuño de 1991) aceptaron a súa existencia.

▪ En canto á adscrición e desadscripción de bens e dereitos. De acordo co artigo 73 LPAP, non básico, os bens e dereitos patrimoniais da Administración xeral do Estado poderán ser adscritos aos organismos públicos dependentes daquela para a súa vinculación directa a un servizo da súa competencia, ou para o cumprimento dos seus fins propios. En ambos os casos, a adscrición levará implícita a afectación do ben ou dereito, que pasará a integrarse no dominio público. Igualmente, os bens e dereitos propios dun organismo público poderán ser adscritos ao cumprimento de fins propios doutro. A adscrición non alterará a titularidade sobre o ben.

En canto ao réxime xurídico específico establecido na LPAP para os bens demaniais sinalar que:

Así como antes vimos os preceptos da LPAP especificamente aplicables aos bens patrimoniais e os que podían aplicarse tanto a bens demaniais como patrimoniais, queda por recoller os que se aplicarán de forma específica aos bens demaniais e que non se recolleron xa neste punto IV.

#### 1. Réxime xurídico.

De acordo co artigo 5.4 LPAP, de *aplicación xeral*, os bens e dereitos de dominio público rexeranse polas leis e disposicións especiais que lles sexan de aplicación e, a falta de normas especiais, por esta lei e as disposicións que a desenvolvan ou complementen. As normas xerais do dereito administrativo e, no seu defecto, as normas do dereito privado, aplicaranse como dereito supletorio.

## 2. Principios relativos aos bens e dereitos de dominio público.

O artigo 6 LPAP, *básico*, indica que a xestión e administración dos bens e dereitos demaniais polas administracións públicas se axustarán aos seguintes principios:

a) Inalienabilidade, inembargabilidade e imprescritibilidade.

b) Adecuación e suficiencia dos bens para servir ao uso xeral ou ao servizo público a que estean destinados.

c) Aplicación efectiva ao uso xeral ou ao servizo público, sen máis excepcións que as derivadas de razóns de interese público debidamente xustificadas.

d) Dedicación preferente ao uso común fronte ao seu uso privativo.

e) Exercicio dilixente das prerrogativas que a presente lei ou outras especiais outorguen ás administracións públicas, garantindo a súa conservación e integridade.

f) Identificación e control a través de inventarios ou rexistros adecuados.

g) Cooperación e colaboración entre as administracións públicas no exercicio das súas competencias sobre o dominio público.

## 3. Adquisicións de bens e dereitos por expropiación forzosa.

A adquisición de bens e dereitos por expropiación forzosa supón unha excepción á regra do artigo 16 LPAP, non básico, de que os bens e dereitos da Administración xeral do Estado e os seus organismos públicos se entenden adquiridos co carácter de patrimoniais, sen prexuízo da súa posterior afectación ao uso xeral ou ao servizo público.

Os puntos 1, 2 e 3, de *aplicación xeral*, do artigo 24 LPAP sinalan que as adquisicións que se produzan en exercicio da potestade de expropiación se rexerán pola Lei do 16 de decembro de 1954, de expropiación forzosa, e pola Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións ou outras normas especiais. Nestes casos, a afectación do ben ou dereito ao uso xeral, ao servizo público, ou a fins e funcións de carácter público entenderase implícita na expropiación. A posterior desafectación do ben ou dereito ou a mutación do seu destino non darán dereito a instar a súa reversión cando se produzan na forma e cos requisitos previstos no punto 2 do artigo 54 da Lei do 16 de decembro de 1954, de expropiación forzosa, e no punto 2 do artigo 40 da Lei 6/1998, do 13 de abril, sobre réxime do solo e valoracións.

#### 4. Inalienabilidade, imprescritibilidade e inembargabilidade.

O artigo 132.1 CE sinala que a lei regulará o réxime xurídico dos bens de dominio público e dos comunais, inspirándose nos principios de inalienabilidade, imprescritibilidade e inembargabilidade, así como a súa desafectación.

Na mesma liña, o punto 1, de *aplicación xeral*, do artigo 30 LPAP establece que “os bens e dereitos de dominio público ou demaniais son inalienables (non se poden vender, salvo que se desafecten), imprescritibles (non se poden adquirir por usucapión) e inembargables (non poden ser obxecto de traba e alleamento forzoso para o pagamento de débedas)”.

#### 5. Recuperación posesoria de bens demaniais.

De acordo cos puntos 1 e 2 do artigo 55 LPAP, de carácter *básico*, as administracións públicas poderán recuperar por si mesmas a posesión indebidamente perdida sobre os bens e dereitos do seu patrimonio. Se os bens e dereitos cuxa posesión se trata de recuperar teñen a condición de demaniais, a potestade de recuperación poderá exercerse en calquera tempo, e non soamente durante o primeiro ano, como no caso dos bens patrimoniais.

#### 6. O desafiuzamento administrativo.

O artigo 58 LPAP, de carácter *básico*, sinala que as administracións públicas poderán recuperar en vía administrativa a posesión dos seus bens demaniais cando decaian ou desaparezan o título (como un contrato ou unha concesión), as condicións ou as circunstancias que lexitimaban a súa ocupación por terceiros.

**ACTUALIZADO POR ANA GONZÁLEZ DE VICENTE**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA



## **TEMA 30**

**EL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD  
AUTÓNOMA DE GALICIA. TRÁFICO JURÍDICO  
DEL PATRIMONIO. UTILIZACIÓN Y  
APROVECHAMIENTO DEL PATRIMONIO.  
GESTIÓN DEL PATRIMONIO. PROTECCIÓN Y  
DEFENSA.**

## **TEMA 30. EL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. TRÁFICO JURÍDICO DEL PATRIMONIO. UTILIZACIÓN Y APROVECHAMIENTO DEL PATRIMONIO. GESTIÓN DEL PATRIMONIO. PROTECCIÓN Y DEFENSA.**

### **I. EL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

La Constitución española constituye el punto de partida en la regulación actual de los bienes públicos, tanto por lo dispuesto en su artículo 132 como por la articulación territorial del Estado sobre la base de comunidades autónomas competentes para regular su patrimonio propio, sin perjuicio, obviamente, de las normas que pueda dictar el Estado al amparo de las competencias que le atribuye el artículo 149.

El patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia se regula en la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG nº 203, de 24 de octubre de 2011) (en adelante, LPG). Este régimen jurídico debe completarse necesariamente con los preceptos básicos que resulten de aplicación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las administraciones públicas (en adelante, LPAP), y de su Reglamento, aprobado por el Real decreto 1373/2009, de 28 de agosto. Igualmente, deberá tenerse en cuenta el reglamento de la ley gallega anterior (Ley 3/1985, de 12 de abril), aprobado por Decreto 50/1989, de 9 de marzo, en la medida en que no sea incompatible con la Ley 5/2011, y hasta tanto no sea sustituido por nueva normativa de desarrollo.

El concepto de patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia se recoge en el artículo 2 de la Ley 5/2011, de 30 de septiembre, que reitera lo dispuesto con carácter básico en el artículo 2 LPAP y configura un concepto de unitario de patrimonio:

*"1. El patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia está constituido por el conjunto de los bienes y derechos de titularidad de la Administración general de la Comunidad Autónoma y de las entidades públicas instrumentales, cualquiera que sea su naturaleza y el título de su adquisición o aquel en virtud del cual le hayan sido atribuidos.*

*2. No se entenderán incluidos en el patrimonio de la Comunidad Autónoma, a los solos efectos de la presente ley, el dinero y demás recursos financieros de su hacienda ni, en caso de las entidades públicas instrumentales, los recursos que constituyen su*

*tesorería."*

Este precepto debe completarse con el apartado 2 del artículo 1 que, al delimitar el ámbito de aplicación de la ley, precisa que *"forma parte del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia el patrimonio de la Administración general de la Comunidad Autónoma y el de las entidades públicas instrumentales que se integran en el sector público autonómico, salvo el de los consorcios autonómicos"*.

Se condiciona así el ámbito subjetivo de aplicación de la ley gallega que, de acuerdo con el artículo 1.3, *"será de aplicación:*

- a) A la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia.*
- b) A las entidades públicas instrumentales integrantes del sector público autonómico.*
- c) A las sociedades mercantiles públicas autonómicas y a las sociedades reguladas en el artículo 102.2 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico, en lo establecido en el título IV de la presente ley.*
- d) A las entidades locales de Galicia, en los términos previstos en la disposición adicional segunda".*

Los bienes del patrimonio de la Comunidad Autónoma gallega se clasifican, siguiendo la clasificación tradicional recogida en el artículo 4 de la Ley estatal, en *"demaniales o de dominio público y patrimoniales"* (artículo 2.3 Ley 5/2011).

De acuerdo con la ley gallega, *"son bienes y derechos de dominio público los que, integrando el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, se encontrasen afectados al uso general o a la prestación de servicios públicos de competencia de la Comunidad Autónoma, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales. También son bienes de dominio público los inmuebles de titularidad de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales en que se alojen los servicios, oficinas o dependencias de sus órganos o de los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma"* (artículo 2.4).

Los bienes y derechos patrimoniales, por su parte, se delimitan con un criterio negativo. Así, *"son bienes y derechos patrimoniales los que, siendo de titularidad de la Comunidad*

*Autónoma de Galicia, no tuviesen el carácter de demaniales”, precisando, a continuación, el texto legal que “tienen la consideración de patrimoniales los siguientes bienes y derechos, salvo en los casos en que reúnan los requisitos previstos en el apartado anterior:*

- Los derechos de arrendamiento y otros de carácter personal.*
- Los valores y títulos representativos de acciones y participaciones en el capital de sociedades mercantiles o de obligaciones emitidas por estas, así como contratos de futuros y opciones con un activo subyacente constituido por acciones o participaciones en sociedades mercantiles.*
- Los derechos de propiedad incorporeal.*
- Los derechos de cualquier naturaleza que se deriven de la titularidad de bienes y derechos patrimoniales”.*

La Ley 5/2011 establece en el artículo 3 el régimen jurídico aplicable a uno y otro tipo de bienes. Así:

*“1. Los bienes y derechos demaniales se registrarán por la presente ley y disposiciones que la desarrollen o complementen, así como por la legislación de aplicación general a todas las administraciones públicas y la legislación básica estatal. Supletoriamente se aplicarán las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, civil o mercantil.*

*2. El régimen de adquisición, administración, protección, defensa y enajenación de los bienes y derechos patrimoniales será el previsto en la presente ley y disposiciones que la desarrollen o complementen, así como en la legislación de aplicación general a todas las administraciones públicas y la legislación básica estatal. Supletoriamente se aplicarán las normas del derecho administrativo, en todas las cuestiones relativas a la competencia para adoptar los correspondientes actos y al procedimiento que tenga que seguirse, y las normas del derecho privado, civil o mercantil, en lo que afecte a los restantes aspectos de su régimen jurídico.”*

La determinación general del régimen jurídico aplicable al patrimonio de la Comunidad Autónoma se cierra en este precepto con una referencia a las propiedades administrativas

especiales, respecto de las que remite a su legislación específica sin perjuicio de la aplicación supletoria de la ley:

*"3.3. Las aguas terrestres, montes, minas, explotaciones de hidrocarburos, carreteras, vías pecuarias, puertos y demás propiedades administrativas especiales, y el patrimonio cultural, se regirán por su legislación específica, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la presente ley".*

Finalmente, debemos hacer mención al patrimonio empresarial de la Comunidad Autónoma, regulado en el título IV de la Ley 5/2011, y que está *"constituido por las acciones, títulos, valores, obligaciones, obligaciones convertibles en acciones, participaciones societarias, derechos de suscripción preferente, contratos financieros de opción, contratos de permuta financiera, créditos participativos y otros susceptibles de ser negociados en mercados secundarios organizados que sean representativos de derechos de la Administración general de la Comunidad Autónoma, de las entidades públicas instrumentales, de las sociedades mercantiles públicas autonómicas y de las sociedades reguladas en el artículo 102. 2 de la Ley 16/ 2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico"* (artículo 88.1 LPG).

## **II. TRÁFICO JURÍDICO DEL PATRIMONIO**

Los principios básicos que rigen el tráfico jurídico del patrimonio de la Comunidad Autónoma se recogen en el artículo 5 de la Ley 5/2011, que traslada el régimen de disponibilidad de los bienes y derechos de la Administración previsto en la Ley estatal 33/2003<sup>1</sup> y que, básicamente, supone recordar la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes y derechos demaniales, así como limitar los supuestos en que las providencias de embargo y mandamientos de ejecución pueden afectar a un bien o derecho patrimonial:

*"1. Los bienes y derechos de dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia son inalienables, imprescriptibles e inembargables, no pudiendo ser objeto de gravamen,*

---

<sup>1</sup> El artículo 5 de la Ley 5/2011, gallega, traslada en particular lo previsto en los artículos 6 y 30 de la Ley 33/2003. El artículo 6 es básico, al dictarse al amparo de la competencia estatal del artículo 149.1.18ª, y recoge las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes demaniales consagradas en el artículo 132 CE. El artículo 30, por su parte, es de aplicación general y se dicta al amparo del artículo 149.1.8ª.

*carga, afección, transacción o arbitraje.*

*2. Por razón de su destino, los bienes y derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Galicia se excluirán de las providencias de embargo y mandamientos de ejecución que se dicten por los órganos jurisdiccionales y administrativos en los siguientes casos:*

*a) Cuando se encontrasen materialmente afectados a un uso, servicio o función pública.*

*b) Cuando sus rendimientos o el producto de su enajenación estuviesen legalmente afectados a fines determinados.*

*c) Cuando se tratase de valores o títulos representativos del capital de sociedades mercantiles autonómicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general."*

Para finalizar esta referencia introductoria al tráfico jurídico del patrimonio autonómico, cabe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 de la ley, último precepto del título preliminar, a cuyo tenor:

*"La transacción judicial o extrajudicial sobre bienes y derechos patrimoniales de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales, y el sometimiento a arbitraje de las controversias que surgiesen sobre los mismos, deben ser autorizados por el Consello de la Xunta, a propuesta de la persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio o del órgano unipersonal de gobierno de la entidad pública instrumental".*

### **III. UTILIZACIÓN Y APROVECHAMIENTO DEL PATRIMONIO**

#### **A.- UTILIZACIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS DEMANIALES**

La Ley 5/2011 dedica su título II a la "*utilización de los bienes y derechos demaniales*" (artículos 31 a 45), partiendo de la necesidad de contar con un título habilitante para ocupar o utilizar dichos bienes y derechos (artículo 31.1):

*"Nadie puede, sin título que lo autorice, otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia o utilizarlos en forma que exceda del derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos".*

A continuación, distingue el régimen aplicable en función del fin a que estén destinados los bienes o derechos, según sea este el uso general o un servicio público, y regula el régimen de las autorizaciones y concesiones demaniales, como títulos que habilitan la utilización u ocupación del dominio público. Por otra parte, la ley incluye dentro del título I, dedicado al *“tráfico jurídico de los bienes y derechos demaniales”*, determinadas reglas que disciplinan la utilización del dominio público por la Administración: es el caso del capítulo II, dedicado a las *“adscripciones y desadscripciones”*, en sus secciones primera, segunda y tercera (artículos 11 a 17- S. 1ª, *“adscripciones y desadscripciones internas y obras”*; S. 2ª, *“reestructuraciones orgánicas”*; y S. 3ª, *“adscripción a favor de otras administraciones públicas”*).

Siguiendo la estructura de la ley gallega, vamos a vertebrar nuestra exposición sobre la base del título II, partiendo del régimen de utilización de dominio público en función del uso general o servicio público a que estén destinados los bienes, haciendo referencia, en la medida en que proceda, a las reglas contenidas en el título I sobre utilización de los bienes demaniales.

#### A.1.- UTILIZACIÓN DE LOS BIENES DEMANIALES DESTINADOS AL USO GENERAL (Capítulo II del título II, artículos 32 a 34)

El régimen de utilización de estos bienes destinados al uso general viene condicionado por la naturaleza del uso que se les vaya a dar. Así, la ley distingue en su artículo 32 entre:

- Uso común, que a su vez puede ser general o especial.
- Uso privativo.

El USO COMÚN es *“el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso de unos no impide el de los demás interesados”* (artículo 32.1.a). El uso común puede ser, como decíamos, general o especial:

1. Es uso común GENERAL cuando no concurren *“circunstancias singulares”* (artículo 32.2.a). De acuerdo con el artículo 33.1, este tipo de uso *“no está sujeto a autorización, pudiendo realizarse libremente, sin otras limitaciones que las derivadas de su naturaleza y las establecidas en los actos de afectación o adscripción y disposiciones que resulten de aplicación”*.



2. Es uso común ESPECIAL cuando el uso implica *“un aprovechamiento especial del dominio público que, sin impedir el uso común, suponga la concurrencia de circunstancias tales como su peligrosidad o intensidad, la preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes que determinen un exceso de utilización o un menoscabo sobre el uso que corresponde a todos”* (artículo 32.2.b). En este caso, sí se requiere de título habilitante y, así, de acuerdo con el artículo 33.2, *“el uso común especial está sujeto a autorización o a concesión, si su duración es superior a cuatro años o se efectúa con obras o instalaciones fijas”*.

Por su parte, es USO PRIVATIVO *“el que determina la ocupación de una porción del dominio público de modo que se limite o excluya la utilización del mismo por otros interesados”* (artículo 32.1.b).

De acuerdo con el artículo 33.3 *“el uso privativo requiere el previo otorgamiento de un título adecuado a su naturaleza, de conformidad con las siguientes reglas:*

- a) Cuando la ocupación se efectuase únicamente con instalaciones desmontables o bienes muebles y su duración inicial no fuese superior a cuatro años, estará sujeto a autorización.*
- b) Cuando la ocupación se efectuase con obras o instalaciones fijas o por plazo inicial superior a cuatro años, estará sujeto a concesión”*.

La ley regula en este punto un supuesto de utilización exclusiva de bienes demaniales destinados a uso general por la propia Administración titular de los mismos. Así, bajo la rúbrica “reservas demaniales”, el artículo 34 dispone:

*“1. La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia puede reservarse el uso exclusivo de bienes de su titularidad destinados al uso general para la realización de fines de su competencia, cuando existiesen razones de utilidad pública o interés general que lo justifiquen.*

*2. La duración de la reserva se limitará al tiempo preciso para el cumplimiento de los fines para los que se acordase.*

*3. La declaración de reserva se efectuará por acuerdo del Consello de la Xunta, que debe publicarse en el Diario Oficial de Galicia e inscribirse en el registro de la propiedad.*

*4. La reserva prevalece frente a cualesquiera otros posibles usos de los bienes y conlleva*



*la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación, a efectos expropiatorios, de los derechos preexistentes que resultasen incompatibles con la misma”.*

#### A.2.- UTILIZACIÓN DE LOS BIENES DEMANIALES DESTINADOS A UN SERVICIO PÚBLICO (Capítulo III del título II, artículos 35 a 37)

De acuerdo con el artículo 35, la utilización de los bienes y derechos destinados a la prestación de un servicio público se regirá por su normativa específica y, subsidiariamente, por lo dispuesto en la Ley 5/2011.

No obstante, la ley contempla dos supuestos excepcionales:

1. La ocupación por terceros de espacios en edificios administrativos (artículo 36), para dar soporte a servicios dirigidos al personal destinado en los mismos y al público visitante (como cafeterías, oficinas bancarias, cajeros automáticos, oficinas postales u otros análogos) o para la explotación marginal de espacios no necesarios para los servicios administrativos, siempre que no afecte a la utilización del inmueble por los órganos o unidades alojados en el mismo, y que esté amparada por el correspondiente título habilitante (autorización, si se efectuase con bienes muebles o instalaciones desmontables; concesión, si se produjese por medio de instalaciones fijas; o, en su caso, un contrato que permita la ocupación, formalizado de acuerdo con lo previsto en la legislación de contratos del sector público).
2. Las llamadas autorizaciones especiales de uso en precario sobre bienes afectados o adscritos (artículo 37), que implican autorización para el uso temporal de los bienes del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia en los siguientes casos:
  - a. por plazo inferior a un mes,
  - b. para la organización de conferencias, seminarios, presentaciones u otros eventos análogos,
  - c. por un plazo máximo de un año, a personas físicas o jurídicas para la realización, sin ánimo de lucro, de actividades que satisfagan fines públicos y no resultasen contradictorias con la afectación del bien.

Estas autorizaciones *“se entenderán otorgadas en precario, pudiendo revocarse libremente en cualquier momento, sin que el interesado tenga derecho a indemnización*

*alguna*”. Sus condiciones y la contraprestación que, en su caso, deba satisfacerse, se fijarán en el acto de autorización otorgado por la persona titular de la consellería o por el órgano unipersonal de gobierno de la entidad pública instrumental que tuvieran afectados o adscritos los bienes.

### A.3.- AUTORIZACIONES Y CONCESIONES DEMANIALES (capítulo IV del título II, artículos 38 a 45)

#### 1. Normas comunes para las autorizaciones y concesiones demaniales:

- La competencia para su otorgamiento corresponde, en defecto de norma legal, a la persona titular de la consellería a que se encuentren adscritos, o bien al órgano unipersonal de gobierno de la entidad pública instrumental titular o a que se encuentren adscritos los bienes o derechos, en los términos del artículo 41 de la Ley 5/2011. Ahora bien, la ley contempla la posibilidad, en el marco de los bienes y derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma, de que la persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio establezca las condiciones generales que han de regir el otorgamiento de categorías determinadas de autorizaciones y concesiones. En defecto de estas, deberán ajustarse a las condiciones aprobadas por el titular de la consellería a que se encuentren adscritos orgánicamente los bienes o de que dependan las entidades públicas instrumentales que sean sus titulares o los tengan adscritos, previo informe favorable de la consellería competente en materia de patrimonio (artículo 38 LPG).

- Las autorizaciones y concesiones demaniales se extinguen, de acuerdo con el artículo 42, *“por las siguientes causas:*

*a) Muerte o incapacidad sobrevenida del titular de la autorización o concesionario individual, o extinción de la personalidad jurídica.*

*b) Falta de autorización previa en los supuestos de transmisión o modificación, por fusión, absorción o escisión, de la personalidad jurídica del usuario o concesionario.*

*c) Caducidad por vencimiento del plazo.*

*d) Rescate de la concesión, previa indemnización o revocación unilateral de la autorización.*

*e) Renuncia del titular.*

*f) Falta de pago de la tasa o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones del titular, declarado por el órgano que otorgó la autorización o concesión.*

*g) Desaparición del bien o agotamiento del aprovechamiento.*

*h) Desafectación del bien, en cuyo caso se procederá a la liquidación de la autorización o concesión con arreglo a lo previsto en la presente ley.*

*i) Mutuo acuerdo.*

*j) Cualesquiera otras causas previstas en las condiciones generales o particulares por las que se rijan”.*

- La ley regula, además, el destino de las obras construidas por el concesionario una vez se extinga la concesión (artículo 43), la liquidación de las autorizaciones y concesiones en el caso de desafectación de los bienes sobre los que existan (artículo 44), y reconoce un derecho de adquisición preferente para sus titulares en los supuestos de enajenación onerosa de los bienes o derechos correspondientes (artículo 45).

– Autorizaciones demaniales (artículo 39)

Se otorgarán, como regla general, directamente a aquellos solicitantes que reúnan las condiciones requeridas. No obstante, en los casos en que su número sea limitado “se otorgarán en régimen de concurrencia, y, si ello no fuera procedente por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no estuviera establecida en las condiciones por las que se rigen” (artículo 39.1).

Se caracterizan por las siguientes notas:

- Duración limitada: se otorgarán por tiempo determinado, con un plazo máximo de duración de 4 años, incluidas las prórrogas.
- Pueden ser gratuitas, concederse con contraprestación o con condiciones o, incluso, estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público prevista en la Ley 6/2003, de 9 de diciembre.
- Son transmisibles salvo que se hubiesen otorgado en atención a circunstancias personales del autorizado o en número limitado, sin perjuicio de que las condiciones generales a que estén sujetas puedan disponer otra cosa.

- Como regla general, podrán ser revocadas unilateralmente, y en cualquier momento, por el órgano que las otorgó cuando concurran “razones de interés público, sin generar derecho a indemnización, cuando resultasen incompatibles con condiciones generales aprobadas con posterioridad, produjesen daños en el dominio público, impidiesen la utilización del bien para actividades de mayor interés público o menoscabasen el uso general” (39.4).

– Concesiones demaniales (artículo 40)

Se otorgarán en régimen de concurrencia, como regla general, si bien podrá acordarse su otorgamiento directo en los casos del artículo 77 o bien cuando concurran circunstancias excepcionales, debidamente justificadas.

Una vez otorgadas, se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para la inscripción registral de la concesión.

Se caracterizan por las siguientes notas:

- Duración limitada: se otorgan por tiempo determinado, que no podrá exceder, prórrogas incluidas, del plazo máximo de duración de setenta y cinco años, o el plazo menor establecido en las normas especiales que resulten de aplicación.
- Pueden ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o con condiciones, o incluso, estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes de dominio público prevista en la Ley 6/2003, de 9 de diciembre.
- No pueden ser titulares de las concesiones demaniales las personas en que concurra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en la legislación de contratos del sector público.

#### A.4- ADSCRIPCIONES Y DESADSCRIPCIONES

Es conveniente hacer referencia en este punto al capítulo II del título I de la ley que, bajo la rúbrica “adscripciones y desadscripciones”, establece una serie de normas internas en relación con el uso de los bienes y derechos de dominio público por la Administración general autonómica y las entidades instrumentales.

Así, de acuerdo con el artículo 11, “la adscripción regulada en esta sección es el acto por

*el que se atribuye a una consellería o entidad pública instrumental el uso, administración, gestión, conservación y colaboración en la protección y defensa de bienes y derechos demaniales, sin cambio en la titularidad o calificación jurídica de los bienes y derechos".* La adscripción, que puede ser compartida (artículo 12), así como en su caso, la desadscripción se acordará por la persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio (artículo 13).

Mención especial merece la posibilidad de adscribir bienes y derechos demaniales de la Administración general de la Comunidad Autónoma a otras administraciones públicas, siempre que sea para los mismos fines determinantes de la afectación, en los términos del artículo 17 de la Ley 5/2011. Esta adscripción a otras administraciones públicas no supone cambio de la titularidad ni calificación jurídica de los bienes o derechos afectados.

Igualmente, es preciso hacer referencia al supuesto regulado en el artículo 25, que permite, igual que el artículo 17, adscribir bienes y derechos demaniales del patrimonio de la Administración general de la Comunidad Autónoma a otras administraciones públicas, si bien, en este caso, para otros usos o servicios públicos de competencia de la otra Administración pública, lo que conlleva la correspondiente mutación demanial pero no afecta a la titularidad ni a la calificación jurídica de los bienes o derechos.

En ambos supuestos, tanto la simple adscripción (supuesto del artículo 17) como la mutación demanial y correspondiente adscripción (supuesto del artículo 25) se acordarán de oficio por la persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio mediante orden, a petición del órgano competente de la Administración interesada, y previo informe de la consellería o entidad pública instrumental que tuviera adscrito el bien o derecho. La entrega de la posesión de los bienes y derechos de que se trate se hará constar en la correspondiente acta, y los gastos y tributos que los mismos generen correrán a cargo de la Administración beneficiaria de la adscripción.

## **B.- UTILIZACIÓN DE LOS BIENES PATRIMONIALES**

La Ley 5/2011 regula en el capítulo IV del título III la "*explotación de los bienes y derechos patrimoniales*" (artículos 64 a 68).

La decisión sobre la explotación de los bienes y derechos patrimoniales compete, en el

ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma, al titular de la consellería competente en materia de patrimonio; en el ámbito de las entidades públicas instrumentales, tal determinación corresponde al órgano unipersonal de gobierno (artículo 64).

La explotación puede ser directa o indirecta (artículo 65). La explotación directa de los bienes y derechos patrimoniales de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia puede encomendarse a una entidad pública instrumental o a una sociedad mercantil de capital íntegramente perteneciente a la Administración general de la Comunidad Autónoma o a sus entidades públicas instrumentales, en los términos previstos en el artículo 66.

La explotación indirecta puede tener lugar a través de cualquier negocio jurídico, ya sea típico o atípico (artículo 65). La ley se refiere expresamente a los contratos para la explotación de bienes y derechos patrimoniales que, como regla general, se otorgarán mediante procedimientos que garanticen los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, si bien se admite excepcionalmente la adjudicación directa (artículo 67). La duración de estos contratos está limitada a un plazo máximo de 20 años, incluidas prórrogas, regulando la ley las condiciones en que se admite la subrogación de un tercero en los derechos y obligaciones del adjudicatario y admitiendo expresamente los contratos de arrendamiento con opción a compra sobre inmuebles patrimoniales de la Comunidad Autónoma (artículo 67).

La ley se refiere expresamente al régimen de explotación de las propiedades incorpóreas en su artículo 68, que se gestionará en el ámbito de la Administración general por la consellería competente por razón de la materia (salvo encomienda a otra consellería o a una entidad pública instrumental o sociedad mercantil de capital íntegramente perteneciente a la Administración general de la Comunidad Autónoma), y en el ámbito de las entidades públicas instrumentales, por el órgano unipersonal de gobierno. De acuerdo con el artículo 68.3, *“la utilización de propiedades incorpóreas que, por aplicación de la legislación especial, entraran en el dominio público no devengará derecho alguno a favor de la Administración general de la Comunidad Autónoma”*.

Procede concluir este epígrafe, relativo a la utilización y aprovechamiento del patrimonio,

con una mención especial a las normas contenidas en el título V de la Ley 5/2011. Estas normas tienen por objeto la *“gestión y optimización en la utilización de los edificios administrativos”* (96 a 98) y, a tal efecto, consagran los principios que deben regir la gestión de estos edificios y que no son sino los *“principios de eficacia, eficiencia, racionalización y sostenibilidad, procurando la optimización de las inversiones y evaluando, en cada actuación, la incidencia o impacto que su implantación podría generar en el desarrollo urbano y la calidad de los servicios a prestar”*.

#### **IV. GESTIÓN DEL PATRIMONIO**

Se halla regulada en el título III de la ley dedicando 5 capítulos a:

1. Régimen jurídico de los negocios patrimoniales.
2. Adquisiciones: a título oneroso, gratuito y por el ejercicio de potestades públicas.
3. Arrendamiento de inmuebles.
4. Explotación de bienes y derechos patrimoniales
5. Enajenación y gravamen.

##### **1. Régimen jurídico de los negocios patrimoniales (artículos 46 a 49)**

En cuanto a los modos de adquirir, el artículo 46 establece que: *“La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el Código civil, así como en las demás normas del ordenamiento jurídico. Las adquisiciones de bienes y derechos a título oneroso se efectuarán libres de toda carga, gravamen o afectación, si así lo exigiera el cumplimiento directo de los fines determinantes de su adquisición. Sin embargo, pueden subsistir aquellas limitaciones a título de autorización o concesión que tuviesen un ejercicio que resulte compatible con el fin de la adquisición. Los contratos que se celebren al amparo del presente título tendrán la consideración de contratos privados.”*

Según el artículo 47.1 “Los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre los bienes y derechos patrimoniales están sujetos al principio de libertad de pactos.”

En cuanto a la formalización, el artículo 48 señala que:

- Los negocios jurídicos de adquisición o enajenación de bienes inmuebles y derechos



reales se formalizarán en escritura pública.

- Los arrendamientos y demás negocios jurídicos de explotación de inmuebles que sean susceptibles de inscripción en el registro de la propiedad se formalizarán en escritura pública cuando vayan a ser inscritos en aquel. Los gastos generados serán a cargo de la parte que solicitara la citada formalización.
- Las cesiones gratuitas de bienes inmuebles o derechos reales se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el registro de la propiedad cuando el cesionario sea otra Administración pública, con arreglo a lo establecido por la legislación general de patrimonio de las administraciones públicas.

Corresponde a la persona titular del centro directivo competente en materia de patrimonio, o al funcionario en quien delegue, la celebración de los contratos y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia a que se refiere la presente ley.

Corresponde al órgano unipersonal de gobierno de la entidad pública instrumental, o al funcionario en quien delegue, la celebración de los contratos y demás negocios jurídicos sobre sus bienes y derechos.

## 2. Adquisiciones (artículos 50 a 59)

La ley distingue las adquisiciones a título oneroso, gratuito y las adquisiciones por el ejercicio de potestades públicas.

### 1. ADQUISICIONES A TÍTULO ONEROSO

A las primeras se refiere la sección 1ª del capítulo II, que comienza su regulación estableciendo, en su artículo 50, los órganos competentes para la adquisición de inmuebles o derechos sobre los mismos:

- En la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia la competencia para adquirir a título oneroso bienes inmuebles y derechos sobre los mismos corresponde a la consellería competente en materia de patrimonio.

Esta competencia puede ejercerla por propia iniciativa, cuando lo estimase conveniente para atender las necesidades que existan, o a petición de la consellería



interesada, justificada mediante la memoria correspondiente.

- La adquisición de inmuebles o derechos sobre los mismos por las entidades públicas instrumentales se efectuará por los órganos superiores colegiados de gobierno, previo informe favorable del centro directivo competente en materia de patrimonio, sobre la procedencia, oportunidad y características esenciales del negocio jurídico pretendido, en el marco de los criterios generales de gestión integral del patrimonio. No se precisará este informe cuando los bienes y derechos fueran adquiridos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial de acuerdo con sus fines peculiares.

Cuando el importe de la adquisición del bien o derecho individualizado fuese superior a 3.000.000 de euros, requerirá autorización del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería competente en materia de patrimonio, o de la entidad pública instrumental que pretenda la adquisición. Dicho importe de la adquisición podrá ser objeto de aplazamiento, con sujeción a los trámites previstos en la normativa aplicable en materia económico-financiera.

Según el artículo 51 “*La adquisición de bienes inmuebles o derechos sobre los mismos se realizará mediante procedimientos que garanticen el respeto de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia, salvo en los siguientes supuestos, en que puede acudir a la adquisición directa sin publicidad:*

*a) Peculiaridades o singularidades del bien, que se justificarán expresamente en el expediente de adquisición. En todo caso, serán considerados como singulares los bienes catalogados de interés histórico-patrimonial.*

*b) Cuando el vendedor fuese otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público.*

*c) Cuando fuese declarado desierto el procedimiento promovido con publicidad para la adquisición, y siempre que no se modificasen las condiciones originales del contrato, salvo el precio y la superficie, que podrán alterarse en un 10%.*

*d) Cuando la adquisición se efectuase en virtud del ejercicio de un derecho de adquisición preferente.*

- e) *Cuando la adquisición se efectuase en el extranjero.*
- f) *Cuando el valor de tasación del bien o derecho fuese inferior a 50.000 euros.*
2. *En los casos de adquisición contemplados en los apartados b) y f) se recabará un mínimo de tres ofertas siempre que las circunstancias lo permitan.*
3. *Los gastos derivados de la adquisición serán satisfechos por las partes con arreglo a la normativa vigente.*
4. *Las adquisiciones de bienes y derechos a título oneroso mediante procedimientos que garanticen el respeto de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia requerirán que el inmueble transmitido se encuentre correcta y previamente inscrito en el registro de la propiedad. En caso de adquisición directa de inmuebles, se requerirá que los mismos sean susceptibles de inscripción en el registro de la propiedad, estableciéndose como condición resolutoria del negocio jurídico la imposibilidad de inscripción a nombre de la Comunidad Autónoma de Galicia.”*

Por su parte:

- Según el artículo 54 “*La adquisición de bienes muebles por la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales se rige por la legislación de contratos del sector público.”*
- Según el artículo 55 “*La adquisición de derechos de propiedad incorporal será acordada por la consellería o entidad pública instrumental competente por razón de la materia, previo informe favorable de la consellería competente en materia de patrimonio. Estas adquisiciones se comunicarán a la consellería competente en materia de patrimonio, en los términos establecidos en el artículo 108 de la presente ley. En cuanto no fuese incompatible con la naturaleza de estos derechos, es de aplicación a estas adquisiciones lo establecido en la presente ley para la adquisición de inmuebles y derechos sobre los mismos. Cuando la adquisición de derechos de propiedad incorporal tuviese lugar en virtud de contratos administrativos, se aplicará lo dispuesto en la legislación de contratos del sector público. La adquisición de estos derechos por medio de convenios de colaboración se ajustará a sus normas especiales y a lo establecido en los propios convenios.”*

## 2. ADQUISICIONES A TÍTULO GRATUITO

Según el artículo 56 *“Las disposiciones a título gratuito realizadas a favor de Galicia o de alguno de los órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia se entenderán referidas a esta última.*

*Las disposiciones por causa de muerte a favor de órganos o entidades de la Comunidad Autónoma de Galicia que desaparecieran en la fecha en que se abra la sucesión se entenderán hechas a favor de los que, dentro del ámbito autonómico gallego, asumiesen sus funciones y, en su defecto, a favor de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia”*

En cuanto a la competencia para aceptar, esta corresponde:

- *A la persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio aceptar, mediante orden, las herencias testadas, legados y donaciones a favor de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, salvo los casos en que la competencia estuviese atribuida a otro órgano por la legislación especial que resulte de aplicación.*
- *Las herencias intestadas deferidas a favor de la Comunidad Autónoma de Galicia se entenderán aceptadas directamente por imposición de la ley, previa firmeza de la resolución judicial que declare la sucesión legal.*
- *Las donaciones de bienes muebles en que la persona donante hubiera señalado el fin a que hayan de destinarse las mismas serán aceptadas por el titular de la consellería competente por razón de la materia.*
- *Son competentes para aceptar las disposiciones a título gratuito a favor de las entidades públicas instrumentales los órganos unipersonales de gobierno.*

*La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales solo pueden aceptar las herencias testadas, legados o donaciones que supongan gastos o estén sometidos a alguna condición o modo onerosos si el valor del gravamen impuesto no excede del valor de lo que se adquiere, según tasación pericial realizada con arreglo a las normas del artículo 49 de la presente ley.*

*La aceptación de las herencias se entenderá hecha siempre a beneficio de inventario.”*

### 3. ADQUISICIONES POR EJERCICIO DE POTESTADES PÚBLICAS

Son aquellas que derivan del ejercicio de la potestad expropiatoria (artículo 58) o de procedimientos de ejecución (artículo 59).

#### 3. Arrendamiento de inmuebles (artículos 60 a 63)

El artículo 60, en cuanto a los órganos competentes, dispone que “Corresponde a la consellería competente en materia de patrimonio arrendar los bienes inmuebles que la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia precise para el cumplimiento de sus fines, a petición, en su caso, de la consellería interesada. Igualmente la consellería competente en materia de patrimonio acordará su resolución, novación y prórroga.

Será competente para arrendar, resolver, novar o prorrogar contratos que afecten a inmuebles ubicados en el extranjero y que precise la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia la consellería competente en materia de relaciones exteriores.

El arrendamiento de bienes inmuebles por las entidades públicas instrumentales, así como la prórroga, novación o resolución anticipada de los correspondientes contratos, es competencia del órgano unipersonal de gobierno, previo informe favorable de la consellería competente en materia de patrimonio, sobre la procedencia, oportunidad y características esenciales del negocio jurídico pretendido.

La concertación de un alquiler por importe superior a 40.000 euros mensuales, impuestos incluidos, requerirá autorización del Consello de la Xunta, a propuesta de la consellería competente en materia de patrimonio o de la entidad pública instrumental que pretendiese el alquiler.”

El procedimiento a seguir a tal efecto se halla regulado en el artículo 61.

#### 4. Explotación de los bienes y derechos patrimoniales (artículos 64 a 68)

El artículo 64 regula los órganos competentes para la explotación:

- La persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio, para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales de la Administración general de la

Comunidad Autónoma de Galicia cuya enajenación no sea previsible y sean susceptibles de aprovechamiento rentable.

- Los órganos unipersonales de gobierno de las entidades públicas instrumentales para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales que sean propiedad de las mismas.

Según el artículo 65.1 “La explotación de los bienes o derechos patrimoniales puede efectuarse directamente por la administración titular de los mismos o a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico.”

Los artículos siguientes regulan las distintas formas de explotación, así como la explotación de propiedades incorpóreas.

#### 5. Enajenación y gravamen ( artículos 69 a 87)

Según el artículo 69, los bienes y derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Galicia que no sean necesarios para el ejercicio de las competencias y funciones propias de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, o de las entidades públicas instrumentales, pueden ser enajenados con arreglo a las normas establecidas en el presente capítulo.

En cuanto al gravamen el artículo 71 señala que: “No pueden imponerse cargas o gravámenes sobre los bienes o derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Galicia sino con los requisitos exigidos para su enajenación.”

##### 1. ENAJENACIÓN DE INMUEBLES O DERECHOS REALES.

Artículo 74. Órganos competentes para la enajenación.

- El órgano competente para enajenar los bienes inmuebles o derechos reales pertenecientes a la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia es la persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio.
- Son competentes para acordar la enajenación de los bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a las entidades públicas instrumentales los órganos superiores colegiados de gobierno.
- En los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, cuando el valor del bien

o derecho, según tasación, excediese de 3.000.000 de euros, la enajenación debe autorizarse por el Consello de la Xunta, a propuesta de la persona titular de la consellería competente en materia de patrimonio, o de la entidad pública instrumental.

Artículo 75. El procedimiento de enajenación de bienes inmuebles o derechos reales se iniciará siempre de oficio por el órgano competente para acordar la enajenación, justificándose debidamente en el expediente que el bien o derecho no es necesario para el uso general o el servicio público ni resulta conveniente su explotación. La enajenación de los bienes inmuebles o derechos reales puede realizarse mediante subasta pública, por concurso o adjudicación directa (artículo 75).

La forma ordinaria de enajenación de bienes inmuebles o derechos reales es la subasta pública. Puede acordarse la enajenación por concurso cuando los mismos, por su situación, naturaleza o características, sean adecuados para atender a las directrices derivadas de las políticas públicas y, en particular, de la política de vivienda (artículo 76).

Puede acordarse la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia por adjudicación directa en los casos previstos en el artículo 77.

## 2. ENAJENACIÓN DE OTROS BIENES Y DERECHOS.

Artículo 79. La competencia para enajenar los bienes muebles del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia corresponde al titular de la consellería que los tuviera adscritos o al órgano unipersonal de gobierno de la entidad pública instrumental a que pertenecieran. La resolución de enajenación implica la desafectación de los bienes.

La enajenación de bienes muebles del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia tendrá lugar ordinariamente mediante subasta pública. No obstante lo anterior, la enajenación puede efectuarse de forma directa cuando se diesen los supuestos previstos para la venta directa de bienes inmuebles, en los casos que sean de aplicación. Las normas reguladoras de las subastas de bienes inmuebles serán aplicables con carácter supletorio.

La enajenación de derechos de propiedad incorporal se acordará por la consellería o entidad pública instrumental competente por razón de la materia, previo informe favorable

de la consellería competente en materia de patrimonio. Cuando el valor del derecho, según tasación, excediese de 3.000.000 de euros, la enajenación debe autorizarse por el Consello de la Xunta.

La enajenación de derechos de propiedad incorporal del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia tendrá lugar ordinariamente mediante subasta pública. No obstante lo anterior, la enajenación puede efectuarse de forma directa cuando concurriese alguno de los supuestos contemplados en el artículo 77 de la presente ley (artículo 80).

El artículo 81 contempla la posibilidad de permutar los bienes y derechos del patrimonio cuando resultase conveniente para el interés público y la diferencia de valor entre los bienes o derechos que se trate de permutar, según tasación, no fuese superior al 50% de los que lo tengan mayor. Si la diferencia fuese mayor, el expediente se tramitará como adquisición o enajenación según el caso, con pago de parte del precio en especie.

### 3) CESIÓN GRATUITA DE BIENES Y DERECHOS.

Según el artículo 82, los bienes y derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma de Galicia pueden ser cedidos gratuitamente para la realización de fines de utilidad pública o interés social a otras administraciones públicas, fundaciones públicas y entidades sin ánimo de lucro, siempre que su afectación o explotación no se estimase previsible. Las entidades públicas instrumentales solo pueden ceder gratuitamente los bienes o derechos de su propiedad cuando tuviesen atribuidas facultades para su enajenación y no se estimase procedente su incorporación al patrimonio de la Administración general de la Comunidad Autónoma.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 85 y siguientes, los bienes y derechos objeto de la cesión solo pueden destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que se establezcan en el correspondiente acuerdo (En caso de no respetarse este fin, el artículo 86 autoriza su resolución.)

## **V. PROTECCIÓN Y DEFENSA**

La Ley 5/2011, de 30 de septiembre, dedica su título VII a la "*Protección y defensa del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia*", complementándose con el título VIII, que establece el régimen sancionador en la materia.



Nos centraremos en el título VII de la ley, dada su especificidad en materia de protección y defensa del patrimonio autonómico. Este título se estructura en tres capítulos relativos a:

- Obligación de proteger y defender el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia. Este capítulo tiene un carácter general, y regula la obligación de proteger y defender el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia -predicable tanto de la Administración general de la Comunidad Autónoma y las entidades públicas instrumentales, como de las personas que tuvieran a su cargo bienes o derechos del patrimonio autonómico-, así como el deber de colaboración en la protección y defensa del patrimonio autonómico
- Medios de protección de los bienes y derechos públicos.
- Defensa de los bienes y derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

A.- PROTECCIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS PÚBLICOS (capítulo II, título VII Ley 5/2011):

A1.- INVENTARIO GENERAL DE BIENES Y DERECHOS (artículos 106 a 108).

De acuerdo con el artículo 106 Ley 5/2011, *"el Inventario general de bienes y derechos de la Comunidad Autónoma de Galicia es el instrumento de apoyo a la gestión patrimonial en el que se deja constancia de todos los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Comunidad Autónoma"*, mediante la incorporación de los datos precisos para hacer constar:

- Su identificación,
- Su situación jurídica,
- Las limitaciones que pueda tener su disposición
- Su destino o uso.

Quedan excluidos del Inventario general (106.2):

1. Los bienes y derechos que hubiesen sido adquiridos con el propósito de devolverlos al tráfico jurídico patrimonial de acuerdo con sus fines peculiares o para cumplir con los requisitos sobre provisiones técnicas obligatorias.



2. Los bienes de naturaleza consumible de vida útil inferior a un año.
3. Aquellos bienes muebles que tuviesen un valor unitario inferior al límite que se fije por la consellería competente en materia de patrimonio.

El Inventario general de bienes y derechos no tiene la consideración de registro público y los datos reflejados en el mismo no producen efectos frente a terceros ni pueden ser utilizados para hacer valer derechos frente a la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o a las entidades públicas instrumentales, sino que únicamente constituyen información de apoyo para la gestión interna y la definición de políticas de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales.

#### A2.- RÉGIMEN REGISTRAL (artículos 109 a 111)

El artículo 109 impone, con carácter general, la obligación de inscribir todos los bienes y derechos del patrimonio susceptibles de inscripción, sin distinción en función de su naturaleza demanial o patrimonial, estableciendo, no obstante, el carácter potestativo de la inscripción *“en caso de arrendamientos inscriptibles con arreglo a la legislación hipotecaria”*. La inscripción en el registro de la propiedad se ajustará a lo establecido en la legislación hipotecaria y en la normativa de aplicación general al patrimonio de las administraciones públicas.

#### A3.- RÉGIMEN DE ASEGURAMIENTO (artículo 112)

De acuerdo con el artículo 112:

*“1. Los bienes y derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia estarán cubiertos por póliza de aseguramiento cuando viniese establecido legalmente, así como cuando se estimase conveniente por su valor histórico-artístico, económico o de otra índole.*

*2. Los concesionarios, cesionarios, usufructuarios y titulares en general de derechos de uso o aprovechamiento sobre los bienes o derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia podrán ser obligados a asegurar estos bienes y derechos de acuerdo con lo que se establezca en el correspondiente título habilitante”*

#### B.- DEFENSA DE LOS BIENES Y DERECHOS DEL PATRIMONIO DE LA COMUNIDAD

AUTÓNOMA DE GALICIA (Cap. III, título VII de la Ley 5/2011 – artículos 113 a 125)

De acuerdo con el artículo 113, apartado 1 de la Ley 5/2011, “ *la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales presentarán las acciones judiciales y desarrollarán las actuaciones administrativas que fuesen pertinentes para la defensa de su patrimonio, disponiendo de las siguientes facultades y prerrogativas:*

- a) Inspeccionar los bienes y derechos de sus patrimonios e investigar la situación de aquellos que presumiblemente les pertenecieran.*
- b) Deslindar en vía administrativa los inmuebles de su titularidad.*
- c) Recuperar de oficio la posesión sobre sus bienes y derechos.*
- d) Desahuciar en vía administrativa a los poseedores de los inmuebles demaniales, una vez extinguido el título que ampara su tenencia”.*

A continuación se recoge una serie de reglas básicas en materia de defensa del patrimonio de la Comunidad Autónoma, que ponen en evidencia las singulares potestades de la Administración para la defensa de su patrimonio.

- Así, en primer lugar, debe hacerse referencia a la prohibición de interdictos contra la administración, recogida en el apartado 2 del artículo 113: “*De acuerdo con lo establecido en la normativa estatal, contra los actos administrativos dictados en ejercicio de estas facultades y potestades no se admitirán acciones interdictales o para la tutela sumaria de la posesión de las contempladas en la Ley de enjuiciamiento civil, pudiendo solo ser recurridos ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo por infracción de las normas sobre competencia y procedimiento, después de haberse agotado la vía administrativa”.*
- Por otra parte, de acuerdo con el apartado 3, “*los que por el ejercicio de estas potestades se considerasen perjudicados en su derecho de propiedad u otros de naturaleza civil podrán interponer las acciones pertinentes ante la jurisdicción civil, después de haber presentado la reclamación previa en vía administrativa contemplada en la normativa básica estatal en materia de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”.*

- El último apartado exige informe del órgano competente para su defensa (órgano determinado en el artículo 114) cuando en la tramitación de cualquier procedimiento administrativo resultasen implicados bienes o derechos del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia. El incumplimiento de este trámite conlleva importantes consecuencias, determinando la nulidad de pleno derecho del acto que se dicte si se trata de bienes o derechos de dominio público, o bien su anulabilidad, cuando los bienes o derechos sean de carácter patrimonial.
- Finalmente debe destacarse que *“las entidades públicas empresariales que por ley tengan que adecuar su actividad al ordenamiento jurídico privado solo pueden ejercer las potestades enumeradas en el artículo anterior para la defensa de sus bienes y derechos demaniales”* (artículo 114.3).

#### B.1.- INSPECCIÓN E INVESTIGACIÓN DE BIENES Y DERECHOS (artículos 115 a 119)

Como establece el artículo 115, *“la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales tienen la facultad de inspeccionar su patrimonio y de investigar la situación de los bienes y derechos que presumiblemente formasen parte del mismo, en orden a determinar su titularidad, de no constarles de modo cierto”*. A tal efecto, deberán seguir los procedimientos de inspección y de investigación regulados en los artículos 116 y 117, respectivamente.

#### B.2.- DESLINDE (artículo 119 a 121)

De acuerdo con el artículo 119.1 Ley 5/2011, *“la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y las entidades públicas instrumentales pueden deslindar los bienes inmuebles de sus patrimonios de otros pertenecientes a terceros, cuando los límites entre ellos fuesen imprecisos”*. A tal efecto, seguirán el procedimiento previsto en el artículo 120 y procederán a la inscripción del deslinde o a la inmatriculación del bien en el registro de propiedad en los términos del artículo 121.

Una vez iniciado el procedimiento administrativo de deslinde, y en tanto dure su tramitación, no podrá instarse procedimiento judicial con igual pretensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas.

### B.3.- RECUPERACIÓN POSESORIA (artículos 122 a 123)

El privilegio de recuperación posesoria, conocido como “*interdictum proprium*”, sirve para que la Administración recupere sus bienes en régimen de autotutela y sin necesidad de intervención judicial. De acuerdo con el artículo 122, apartado 1:

*“La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y sus entidades públicas instrumentales pueden recuperar por sí mismas la posesión indebidamente perdida sobre los bienes y derechos de sus patrimonios. También podrán ejercer esta potestad sobre bienes y derechos que se incorporasen a sus patrimonios por sucesión en la posición jurídica del transmitente, cuando la posesión fuera perdida por su anterior titular”.*

Esta potestad puede ejercerse tanto respecto de los bienes y derechos demaniales como respecto de los patrimoniales, con la única diferencia de los plazos señalados para el ejercicio de tal privilegio. Así, cuando se trate de bienes y derechos demaniales esta potestad de recuperación posesoria puede ejercerse “en cualquier momento” (artículo 122.2); pero si se trata de bienes y derechos patrimoniales, el plazo para su ejercicio es de un año. Al respecto dispone el artículo 122.3:

*“Si se tratase de bienes y derechos patrimoniales, la recuperación de la posesión en vía administrativa requiere que la iniciación del procedimiento hubiera sido notificada antes de que transcurriese el plazo de un año, a contar desde el día siguiente al de la usurpación. Pasado ese plazo, para recuperar la posesión de estos bienes deberán ejercerse las acciones correspondientes ante los órganos del orden jurisdiccional civil”.*

El procedimiento de recuperación posesoria se regula en el artículo 123. Se iniciará de oficio, siendo el plazo máximo para resolver de seis meses. La resolución por la que se acuerde la recuperación posesoria es inmediatamente ejecutiva.

### B.4.- DESAHUCIO ADMINISTRATIVO (artículos 124 a 125).

La potestad de desahucio se regula en el artículo 124, a cuyo tenor, “*la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y sus entidades públicas instrumentales podrán recuperar en vía administrativa la posesión de sus bienes demaniales cuando decayesen o desapareciesen el título, las condiciones o las circunstancias que legitimaban su ocupación por terceros. También podrán ejercer esta potestad sobre bienes y derechos*

*que se incorporen a sus patrimonios por sucesión en la posición jurídica del transmitente, cuando la posesión se perdiera por su anterior titular”.*

Para el ejercicio de la potestad de desahucio se requiere, en todo caso, la previa declaración de la extinción o caducidad del título que otorgaba el derecho de utilización de los bienes de dominio público.

El procedimiento de desahucio se regula en el artículo 125. Se inicia de oficio, debiéndose resolver en el plazo máximo de seis meses. La resolución por la que se acuerde la recuperación posesoria es inmediatamente ejecutiva.

**ANA GONZÁLEZ DE VICENTE**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 31**

**EMPLEO PÚBLICO. RÉGIMEN LEGAL Y  
COMPETENCIAS DE LA XUNTA DE GALICIA.  
CLASES DE PERSONAL AL SERVICIO DE LA  
XUNTA DE GALICIA. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA  
DE LA RELACIÓN DE SERVICIO. RÉGIMEN  
DISCIPLINARIO**

## **TEMA 31. EMPLEO PÚBLICO. RÉGIMEN LEGAL Y COMPETENCIAS DE LA XUNTA DE GALICIA. CLASES DE PERSONAL AL SERVICIO DE LA XUNTA DE GALICIA. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO. RÉGIMEN DISCIPLINARIO**

### **1. EMPLEO PÚBLICO**

La Constitución española reserva, en su artículo 149.1.18), como competencia exclusiva del Estado *“las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas”*. Asimismo, en el artículo 103.3 señala que *“la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos”*. De conformidad con dicha previsión constitucional, se aprobó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (en adelante, Estatuto básico).

Hasta la entrada en vigor del Estatuto básico, la situación a nivel normativo era la siguiente:

1. La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, establece en su artículo 1.3 que se consideran bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos una serie de preceptos. No hay que olvidar la reserva que la Constitución española realiza en su artículo 149.1.18), ya citado, al Estado, y, por lo tanto, al amparo de este artículo realiza esta regulación que, por su carácter de bases, es aplicable al personal de todas las administraciones públicas. Asimismo, el artículo 1.5 de esta norma señala que tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación. Por lo tanto, al margen de los preceptos básicos referidos en el artículo 1.3, esta ley es de aplicación supletoria en el resto de su articulado.

2. El Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado. Aunque con la entrada en vigor de la Ley 30/1984, muchos preceptos del Decreto 315/1964 quedaron derogados, en lo que se mantenía vigente seguía teniendo carácter supletorio, como señala su artículo 2.3.

3. La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, aplicable al personal al servicio de las administraciones de las comunidades autónomas y de los organismos de ellas dependientes, así como de sus asambleas legislativas y órganos institucionales (artículo 2.b).

4. Finalmente, 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, dispone, en su artículo 1, que regula los órganos de representación y la participación, así como los procedimientos de determinación de las condiciones de trabajo, del personal que preste sus servicios en las distintas administraciones públicas, siempre que esté vinculado a las mismas a través de una relación de carácter administrativo o estatutario.

En resumen, el marco normativo estaba formado por una serie de normas estatales aplicables al personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, bien por el carácter de bases de su articulado, por la aplicación directa que prevén sus artículos o por su aplicación supletoria.

En el *Boletín Oficial del Estado* núm. 89, de 13 de abril de 2007, se publicó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, que deroga algunas de las normas citadas y vigentes hasta ese momento. Así, su disposición derogatoria única establece que quedan derogadas, con el alcance establecido en la disposición final cuarta, las siguientes disposiciones:

- a) Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública: parte de su articulado. En concreto, quedan derogados los artículos que el artículo 1.3 de la Ley 30/1984 considera bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos dictados al amparo del artículo 149.1.18) de la Constitución española.
- b) Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de funcionarios civiles del Estado: parte de su articulado.
- c) 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: se deroga en su totalidad, excepto el artículo 7, y con la excepción prevista en la disposición transitoria quinta del Estatuto básico, que se refiere al procedimiento electoral.

El Estatuto básico del empleado público cuenta con 11 disposiciones adicionales, 8 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 4 disposiciones finales, y tiene la siguiente estructura:

a) Título I: objeto y ámbito de aplicación (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto): artículos 1 a 7.

b) Título II: clases de personal al servicio de las administraciones públicas (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto): artículos 8 a 13.

- Subtítulo I: personal directivo.

c) Título III: derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos: artículos 14 a 54.

- Capítulo I: derechos de los empleados públicos (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
- Capítulo II: derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño (producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto).
- Capítulo III: derechos retributivos (producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto, excepto el artículo 25.2, aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
- Capítulo IV: derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
- Capítulo V: derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).

- Capítulo VI: deberes de los empleados públicos. Código de conducta (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).

d) Título IV: adquisición y pérdida de la relación de servicio: artículos 55 a 68.

- Capítulo I: acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
- Capítulo II: pérdida de la relación de servicio (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).

e) Título V: ordenación de la actividad profesional: artículos 69 a 84.

- Capítulo I: planificación de recursos humanos (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
- Capítulo II: estructuración del empleo público (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto).
- Capítulo III: provisión de puestos de trabajo y movilidad (producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto).

f) Título VI: situaciones administrativas (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto): artículos 85 a 92.

g) Título VII: régimen disciplinario (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto): artículos 93 a 98.

h) Título VIII: cooperación entre las administraciones públicas (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto): artículos 99 y 100.

Su objeto, de acuerdo con el artículo 1, es establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación y, asimismo, determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las administraciones públicas. Y su ámbito de aplicación viene regulado en el artículo 2, sin olvidar que tiene carácter

supletorio para todo el personal de las administraciones públicas no incluido en el mismo.

Las disposiciones de este Estatuto básico, según su disposición final primera, se dictan al amparo de los siguientes artículos de la Constitución: 149.1.18), bases del régimen estatutario de los funcionarios; 149.1.7), legislación laboral, y 149.1.13), bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Y en su disposición final segunda añade que las previsiones de esta ley son de aplicación a todas las comunidades autónomas, respetando, en todo caso, las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos estatutos de autonomía, en el marco de la Constitución.

La entrada en vigor del Estatuto básico, según su disposición final cuarta, se fijó en el plazo de un mes a partir de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Sin embargo, la entrada en vigor de parte de su articulado se difirió hasta la aprobación de las leyes de función pública de las administraciones públicas que se dicten en desarrollo del mismo. Hasta que se dicten las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo, se mantendrán en vigor en cada Administración pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en el mismo.

## **2. RÉGIMEN LEGAL Y COMPETENCIAS DE LA XUNTA DE GALICIA**

El marco jurídico en el que se sitúa la regulación del régimen jurídico de la función pública de la Comunidad Autónoma de Galicia parte necesariamente de la reserva que la Constitución española realiza en favor del Estado en el artículo 149.1.18), señalado anteriormente, así como del artículo 103.3 del texto constitucional.

En consonancia con esta reserva constitucional, el artículo 28.1 de la Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de autonomía de Galicia, establece que “*es competencia de la Comunidad Autónoma gallega el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación del Estado, en los términos que la misma establezca, de las siguientes materias: régimen jurídico de la Administración pública de Galicia y régimen estatutario de sus funcionarios*”.

La organización y estructuración de la función pública de Galicia es consecuencia de la potestad de autoorganización propia de la Comunidad Autónoma de Galicia, siempre dentro del marco reservado a la competencia estatal de conformidad con la Constitución española.

La regulación autonómica en la materia, por lo tanto, se ajusta a la competencia que le corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia según su Estatuto de autonomía, condicionada por la reserva estatal contenida en la Constitución española:

1. Texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia, aprobado por el Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo (en adelante, Ley de la función pública de Galicia).
2. Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia.
3. Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres.
4. Decreto 92/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.
5. Decreto 93/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de provisión de puestos de trabajo, promoción profesional y promoción interna.
6. Decreto 94/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, modificado por el Decreto 157/2004, de 7 de julio.
7. Decreto 95/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de selección de personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.
8. V Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.
9. Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, vigente desde el pasado 24 de mayo.

La Ley de empleo público de Galicia

El texto refundido de la Ley de la función pública de Galicia tiene 11 disposiciones adicionales, 15 disposiciones transitorias, 2 derogatorias y 5 finales, y 212 artículos.

Señala en su artículo 1 que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico de la función pública gallega y la determinación de las normas aplicables a todo el personal al servicio de las administraciones públicas incluidas en su ámbito de aplicación, en ejercicio de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma de Galicia en su Estatuto de autonomía y en desarrollo del Estatuto básico del empleado público.

Y en su artículo 4 dispone que la presente ley se aplica al personal funcionario y, en lo que proceda, al personal laboral al servicio de las siguientes administraciones públicas: a) La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia; b) Las entidades locales gallegas; c) Las entidades públicas instrumentales del sector público autonómico de Galicia enunciadas en la letra a) del artículo 45 de la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia; d) Las entidades públicas instrumentales vinculadas o dependientes de las entidades locales gallegas, y e) Las universidades públicas gallegas. El ámbito de aplicación definido por este artículo se entiende sin perjuicio de las especialidades establecidas en los artículos siguientes.

Por otra parte, y en relación con el personal laboral, actualmente está en vigor el V Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, que tiene 12 disposiciones transitorias, 19 disposiciones adicionales, los anexos IA, IB, IIA, IIB, III, IV y V, y la siguiente estructura:

1. Capítulo I: ámbito del convenio (artículos 1 y 2).
2. Capítulo II: órgano de vigilancia (artículo 3).
3. Capítulo III: estabilidad en el empleo e incompatibilidades (artículos 4 y 5).
4. Capítulo IV: provisión de vacantes y acceso a la condición de personal laboral (artículos 6 a 14).
5. Capítulo V: organización y dirección del trabajo (artículos 15 a 17).

6. Capítulo VI: jornada, horario de trabajo, descanso y vacaciones (artículos 18 a 20).
7. Capítulo VII: licencias y excedencias (artículos 21 a 24).
8. Capítulo VIII: condiciones económicas (artículos 25 a 30).
9. Capítulo IX: beneficios sociales (artículos 31 a 38).
10. Capítulo X: seguridad e higiene (artículos 39 a 42).
11. Capítulo XI: movilidad (artículo 43).
12. Capítulo XII: derechos sindicales (artículos 44 a 46).
13. Capítulo XIII: régimen disciplinario (artículo 47).

De conformidad con su artículo 1, este convenio establece y regula las normas por las que se registrarán las relaciones de carácter jurídico-laboral entre la Xunta de Galicia y el personal que, sujeto a la legislación laboral, preste sus servicios bajo su dependencia y la de sus organismos autónomos. Se integrará en este convenio el personal laboral que, con posterioridad a la publicación de éste, pase a depender de la Xunta de Galicia o de sus organismos autónomos.

Este convenio fue afectado por una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que declara la nulidad de una serie de preceptos. En su virtud, fue dictada Resolución de 5 de agosto de 2010, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se dispone el registro y la publicación, en el *Diario Oficial de Galicia*, del acuerdo del comité intercentros por el que se modifica el texto del V Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, publicado en el *Diario Oficial de Galicia* núm. 203, de 3 de noviembre de 2009, tras la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de enero de 2010 (*Diario Oficial de Galicia* núm. 157, de 17 de agosto de 2010). Con ella, además de una corrección de errores y supresión de un punto de un artículo declarado nulo, se modificó la redacción de algunos artículos y se introdujo un nuevo artículo (el 21 bis) y una nueva disposición adicional (la décimo novena).

### **3. CLASES DE PERSONAL AL SERVICIO DE LA XUNTA DE GALICIA**

El Estatuto básico regula en su título II (aplicable desde su entrada en vigor) las clases de personal al servicio de las administraciones públicas. En su artículo 8 considera empleados públicos a quienes desempeñan funciones retribuidas en las administraciones públicas al servicio de los intereses generales, y los clasifica en:

1. Funcionarios de carrera.
2. Funcionarios interinos.
3. Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
4. Personal eventual.

Por su parte, la actual Ley de empleo de Galicia se ocupa, en su artículo 20, del concepto y las clases de empleados públicos y señala que:

“1. Son empleados públicos las personas que desempeñan funciones retribuidas al servicio de los intereses generales en las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley.

2. Los empleados públicos se clasifican en:

- a) Personal funcionario de carrera.
- b) Personal funcionario interino.
- c) Personal laboral.
- d) Personal eventual.”

#### **3.1. Funcionarios de carrera**

De acuerdo con el Estatuto básico (artículo 9), son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, estén vinculados a una Administración pública por una relación estatutaria regulada por el derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las administraciones públicas corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca.

La Ley de empleo público de Galicia (artículo 21) define a los funcionarios como aquellos que, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a la Administración pública por una relación estatutaria regulada por el derecho administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

### 3.2. Funcionarios interinos

Son funcionarios interinos, de acuerdo con el Estatuto básico (artículo 10), los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a. La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b. La sustitución transitoria de los titulares.
- c. La ejecución de programas de carácter temporal.
- d. El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses.

La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

El cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento.

A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.



La Ley de empleo público de Galicia dispone en su artículo 23 que:

“1. Tienen la condición de personal funcionario interino las personas que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombradas en tal condición para el desempeño de funciones propias del personal funcionario de carrera.

2. Para que pueda procederse al nombramiento de personal funcionario interino tiene que concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

a) La existencia de puestos vacantes, con dotación presupuestaria, cuando no sea posible su cobertura por personal funcionario de carrera. Los puestos vacantes desempeñados por personal funcionario interino deben incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en el que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización o, en el caso del personal docente, que la planificación educativa lo impida.

b) La sustitución transitoria de las personas titulares de los puestos. En los casos de reducción de jornada, jubilación parcial o permisos a tiempo parcial podrá nombrarse personal funcionario interino para cubrir la parte de la jornada de trabajo que no realice la persona titular del puesto.

c) La ejecución de programas de carácter temporal y de duración determinada que no respondan a necesidades permanentes de la Administración. El plazo máximo de duración de la interinidad se hará constar expresamente en el nombramiento y no podrá ser superior a tres años, ampliables hasta doce meses más si lo justificara la duración del correspondiente programa.

d) El exceso o acumulación de tareas, de carácter excepcional y circunstancial, por un plazo máximo de seis meses dentro de un período de doce meses.

Los nombramientos de personal funcionario interino por la circunstancia prevista en esta letra no pueden superar en ningún caso el veinte por ciento del total del personal funcionario del centro directivo, ni el tres por ciento del personal funcionario de la Administración de que se trate. A estos efectos, en el ámbito de la Administración general

de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales del sector público autonómico, se entiende por centro directivo cada una de las secretarías generales, direcciones generales, secretarías generales técnicas y entidades públicas instrumentales del sector público autonómico.

3. El personal funcionario interino docente que imparta las enseñanzas reguladas en la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, o norma que la sustituya, se nombrará siempre con una duración determinada, y la fecha de finalización del nombramiento no excederá del inicio del curso académico inmediatamente siguiente.”

### 3.3. Personal laboral

Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las administraciones públicas (artículo 11 del Estatuto básico). En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

El artículo 26 de la Ley de empleo público de Galicia dispone que:

“1. Tienen la condición de personal laboral las personas que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, prestan servicios retribuidos en las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley. En función del régimen de duración del contrato, este puede ser fijo, temporal o indefinido.

2. En ningún caso pueden ser desempeñados por personal laboral los puestos de trabajo que estén reservados a personal funcionario en virtud de lo previsto en el apartado segundo del artículo 22 de esta ley.

3. Pueden ser desempeñados por personal laboral:

a) Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

- b) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios.
- c) Los puestos correspondientes a áreas de actividad que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de personal funcionario en los cuales las personas integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.
- d) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipamientos e instalaciones, y artes gráficas, así como los puestos de las áreas de expresión artística.”

Su artículo 27 se ocupa del personal laboral temporal y señala que:

- “1. Los puestos de trabajo vacantes que puedan ser desempeñados por personal laboral y se consideren de provisión urgente e inaplazable pueden ser cubiertos mediante la contratación de personal laboral temporal de conformidad con los procedimientos contemplados en el convenio colectivo que resulte de aplicación. En todo caso, para la contratación de este personal laboral no se podrá acudir a las empresas de trabajo temporal.
- 2. Los puestos vacantes cubiertos mediante la contratación de personal laboral temporal se incluirán en la primera oferta de empleo público que se apruebe después de esa contratación y en los consiguientes concursos de traslados, salvo que se disponga su amortización.
- 3. Las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley no pueden convertir en fija una relación laboral de carácter temporal. Incurrirán en responsabilidad, en los términos previstos por esta ley, las personas que con su actuación irregular den lugar a la conversión en fija de una relación laboral de carácter temporal.
- 4. La prestación de servicios en régimen de personal laboral temporal no constituye mérito preferente para el acceso a la condición de personal laboral fijo. No obstante lo anterior, el tiempo de servicios prestados se computará en los supuestos de concurso-oposición o de concurso, en los términos que se establezcan en la correspondiente convocatoria.”

Y en su artículo 28, del personal laboral indefinido, que establece que:

“1. Las relaciones de puestos de trabajo serán objeto de las modificaciones necesarias para ajustarlas a la creación de puestos derivados de sentencias judiciales firmes que reconozcan situaciones laborales de carácter indefinido, cuando la persona afectada no pudiera ser adscrita a un puesto de trabajo vacante. La propuesta de modificación de la relación de puestos de trabajo deberá efectuarse en el plazo máximo de tres meses, a contar a partir de la fecha de la firmeza de la sentencia judicial.

2. Los puestos de trabajo creados en aplicación de lo previsto en este artículo se incluirán en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo como puestos de personal funcionario o, excepcionalmente, de personal laboral cuando la naturaleza de sus funciones así lo requiera, y se incorporarán a la oferta de empleo público, salvo que se disponga su amortización.

3. Una vez modificada la relación de puestos de trabajo, la persona afectada será adscrita al puesto de nueva creación.

4. Incurrirán en responsabilidad, en los términos previstos por la presente ley, las personas que con su actuación irregular den lugar a la conversión en indefinida de una relación laboral de carácter temporal o a la adquisición de la condición de empleado público por una persona que no la ostentara.”

### 3.4. Personal eventual

Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin (artículo 12 del Estatuto básico).

Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las administraciones públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicos.

El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que preste la función de confianza o asesoramiento.

La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna.

Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

La Ley de empleo público de Galicia, en su artículo 29, dispone que:

“1. Tienen la condición de personal eventual las personas que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realizan funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, retribuidas con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.

2. A los efectos previstos en este artículo, se entiende por funciones de confianza o asesoramiento especial aquellas en las que concurren las siguientes circunstancias:

a) Asesoramiento vinculado al desempeño y planteamiento de estrategias y propuestas de actuación o difusión en el ámbito de las competencias de la autoridad que efectuó el nombramiento, o apoyo que suponga una colaboración de carácter reservado.

b) No estar reservadas a personal funcionario.

c) Especial dedicación y disponibilidad horaria.

3. El personal eventual en ningún caso puede realizar actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico ni ninguna de las funciones que corresponden al personal funcionario de carrera.”

Según el artículo 30:

“1. El nombramiento del personal eventual es libre.

2. El cese del personal eventual corresponde a los mismos órganos competentes para su nombramiento y se produce por la concurrencia de alguna de las siguientes causas:

- a) Libre decisión de la autoridad que efectuó el nombramiento.
- b) Cese de la autoridad que efectuó el nombramiento. En este caso, el cese del personal eventual se produce de forma automática con el cese de dicha autoridad.
- c) Renuncia.”

Al personal eventual, según el artículo 31, le es de aplicación, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general del personal funcionario de carrera. Cuando el personal funcionario de carrera acceda a puestos de trabajo de carácter eventual, podrá optar entre permanecer en la situación de servicio activo o pasar a la situación de servicios especiales. La determinación de las condiciones de empleo del personal eventual no tiene la consideración de materia objeto de negociación colectiva a efectos de la presente ley. La prestación de servicios como personal eventual no constituirá mérito alguno para el acceso al empleo público ni para la promoción dentro de este.

#### Personal directivo

Al margen de la clasificación de los empleados públicos, el Estatuto básico regula en el subtítulo I de este título II al personal directivo y en su artículo 13 señala que el Gobierno y los órganos de gobierno de las comunidades autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los

objetivos que le hayan sido fijados.

4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

Del personal directivo se ocupan también los artículos 33 y siguientes de la Ley de empleo público de Galicia, cuyos apartados 1 y 2 del artículo 33 señalan que:

“1. Tienen la condición de personal directivo las personas que desarrollan funciones directivas profesionales en las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley.

2. Se entiende por funciones directivas las tareas gerenciales o de dirección o coordinación de unidades administrativas integradas por el número mínimo de efectivos de personal que se determine reglamentariamente. Los puestos que serán cubiertos por esta clase de personal se contemplarán en una relación de puestos directivos de contenido análogo al de la relación de puestos de trabajo”.

Por su parte los apartados 4 y 5 del citado artículo disponen que “El régimen jurídico específico del personal directivo incluido en el ámbito de aplicación de la presente ley será establecido por decreto del Consello de la Xunta en desarrollo de los principios contenidos en este capítulo. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a efectos de esta ley.”

## **4. ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO**

### **4.1. Adquisición de la relación de servicio**

Partiendo de la regulación que la Constitución española realiza en sus artículos 23.2 y 103.3, el Estatuto básico regula en el capítulo I del título IV (aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto) el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio.

Procederemos a centrarnos en la regulación que, al respecto, se contiene en la Ley de

empleo público de Galicia, que regula esta materia en su título V, artículos 49 y siguientes.

El artículo 56 se ocupa de las clases de sistemas selectivos y señala que:

“1. Las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley pueden utilizar para la selección de su personal los sistemas de oposición, concurso-oposición y, excepcionalmente, concurso, en los términos previstos por el artículo siguiente.

2. La oposición consiste en la superación de las pruebas teóricas y/o prácticas que se establezcan en la convocatoria, las cuales deberán permitir determinar la capacidad de las personas aspirantes y establecer el orden de prelación entre ellas.

Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas.

En los procesos selectivos se cuidará especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de las plazas convocadas.

3. El concurso-oposición consiste en la superación de las pruebas correspondientes, a las que será de aplicación lo previsto en el apartado anterior, así como en la posesión previa, debidamente valorada, de determinadas condiciones de formación, méritos o niveles de experiencia.

La valoración de dichas condiciones de formación, méritos o niveles de experiencia no supondrá más de un cuarenta por ciento de la puntuación máxima alcanzable en el proceso selectivo. A fin de asegurar la debida idoneidad de las personas aspirantes, estas deberán superar en la fase de oposición la puntuación mínima establecida para las respectivas pruebas selectivas.

4. El concurso consiste en la valoración exclusiva de los méritos que se señalen en la convocatoria”.



El artículo 57 se refiere a los sistemas aplicables a la selección del personal funcionario de carrera y del personal laboral fijo, al disponer que:

“1. El personal funcionario de carrera se seleccionará ordinariamente por el sistema de oposición o por el sistema de concurso-oposición. Solo en virtud de norma con rango de ley puede aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso.

2. El personal laboral fijo puede ser seleccionado por los sistemas de oposición o concurso-oposición, con las características establecidas en el artículo anterior, o, excepcionalmente, por el sistema de concurso de valoración de méritos.

Las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley pueden negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos del personal laboral.”

En cuanto a los órganos de selección, el artículo 59 dispone que:

“1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros y de paridad entre mujeres y hombres en el conjunto de las convocatorias de la oferta de empleo público respectiva.

2. En ningún caso pueden formar parte de los órganos de selección:

a) El personal de elección o de designación política.

b) El personal funcionario interino o laboral temporal.

c) El personal eventual.

d) Las personas que en los cinco años anteriores a la publicación de la convocatoria hubieran realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas o hubieran colaborado durante ese período con centros de preparación de opositores.

3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse esta en representación o por cuenta de nadie.

4. Los miembros de los órganos de selección deben pertenecer a un cuerpo, escala o categoría profesional para el ingreso en el cual se requiera una titulación de nivel igual o superior al exigido para participar en el proceso selectivo.
5. Los órganos de selección actúan con plena autonomía en el ejercicio de su discrecionalidad técnica y sus miembros son personalmente responsables de la transparencia y objetividad del procedimiento, de la confidencialidad de las pruebas y del estricto cumplimiento de las bases de la convocatoria y de los plazos establecidos para el desarrollo del proceso selectivo.
6. La composición y régimen de funcionamiento de los órganos de selección se establecerá reglamentariamente.
7. Las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley pueden crear órganos especializados y permanentes para la organización de los procesos selectivos.”

En relación con la adquisición de la condición de funcionario de carrera, el artículo 60 señala que se produce por el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Superación del proceso selectivo.
- b) Acreditación, en su caso, de que se reúnen los requisitos y condiciones exigidos en la convocatoria del proceso selectivo.
- c) Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el diario oficial correspondiente.
- d) Acto de acatamiento de la Constitución, del Estatuto de autonomía de Galicia y del resto del ordenamiento jurídico, así como de compromiso de ejercer con imparcialidad sus funciones.
- e) Toma de posesión dentro del plazo de un mes a partir de la publicación del nombramiento.

Los artículos 61 a 63 se ocupan de la adquisición de la condición de personal funcionario

interino, eventual y de la adquisición de la condición de personal laboral:

*Artículo 61. Adquisición de la condición de personal funcionario interino*

La adquisición de la condición de personal funcionario interino exige, una vez seleccionado en los términos previstos en el apartado primero del artículo 24, además del correspondiente nombramiento, el cumplimiento sucesivo de los requisitos establecidos en las letras d) y e) del artículo 60.

*Artículo 62. Adquisición de la condición de personal eventual*

La adquisición de la condición de personal eventual exige, en todo caso, además del correspondiente nombramiento, el cumplimiento sucesivo de los requisitos establecidos en las letras d) y e) del artículo 60.

*Artículo 63. Adquisición de la condición de personal laboral*

La condición de personal laboral se adquiere por la firma del contrato de trabajo, previa acreditación de que se reúnen los requisitos y condiciones exigidos y, en su caso, de la superación del correspondiente proceso selectivo.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta el Decreto 95/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de selección de personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia.

4.2. Pérdida de la relación de servicio

Dentro del Estatuto básico, el título IV (aplicable desde su entrada en vigor) dedica el capítulo II a la pérdida de la relación de servicio y, en su artículo 63, recoge las *causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera*:

- La renuncia a la condición de funcionario.
- La pérdida de la nacionalidad.
- La jubilación total del funcionario.

- La sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviere carácter firme.
- La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme.

Nuevamente, centrándonos en la regulación autonómica, hay que señalar que el capítulo III del título V se ocupa de la pérdida de la relación de servicio. Su artículo 64 señala que: "Son causas de pérdida de la condición de personal funcionario de carrera:

- a) La renuncia a la condición de funcionario.
- b) La pérdida de la nacionalidad, en los términos previstos por el artículo 66.
- c) La jubilación total.
- d) La sanción disciplinaria de separación del servicio que tenga carácter firme.
- e) La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tenga carácter firme.
- f) El fallecimiento."

En cuanto a la renuncia, el artículo 65 dispone que:

"1. La renuncia voluntaria a la condición de personal funcionario habrá de ser manifestada por escrito y será aceptada expresamente por la Administración, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente.

2. No puede ser aceptada la renuncia cuando el personal funcionario esté sujeto a expediente disciplinario o haya sido dictado en su contra auto de procesamiento o de apertura de juicio oral por la comisión de algún delito.

3. La renuncia a la condición de personal funcionario no inhabilita para ingresar de nuevo en la Administración pública a través del procedimiento de selección correspondiente."

A la pérdida de la nacionalidad se refiere el artículo 66, al establecer que: "La pérdida de la nacionalidad española o la de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea o la

de aquellos Estados a los que, en virtud de tratados internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España, les sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, que haya sido tenida en cuenta para el nombramiento, determina la pérdida de la condición de personal funcionario, salvo que de forma simultánea se adquiriera la nacionalidad de alguno de dichos estados.”

El artículo 67 se ocupa de la pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público, al disponer que:

“1. La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta, cuando haya adquirido firmeza la sentencia que la imponga, produce la pérdida de la condición de personal funcionario respecto a todos los empleos o cargos que se hayan desempeñado.

2. La pena principal o accesoria de inhabilitación especial, cuando haya adquirido firmeza la sentencia que la imponga, produce la pérdida de la condición de personal funcionario respecto de aquellos empleos o cargos especificados en la sentencia.”

En cuanto a la jubilación, según el artículo 68, esta puede ser:

a) Voluntaria.

b) Forzosa, por el cumplimiento de la edad legalmente establecida.

c) Por la declaración de incapacidad permanente para el ejercicio de las funciones propias de su cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de incapacidad permanente total en relación con el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala.

La jubilación voluntaria se concederá a solicitud de la persona interesada, siempre que reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de la Seguridad Social que le sea aplicable.

La jubilación forzosa del personal funcionario se declarará de oficio al cumplir la persona la edad legalmente establecida.

El personal funcionario puede solicitar, con una antelación mínima de tres meses y máxima

de cuatro meses a la fecha en la que cumpla la edad de jubilación forzosa, la prolongación de la permanencia en la situación de servicio activo. Esta prolongación se concederá, en su caso, por períodos de un año, renovables anualmente a solicitud de la persona interesada presentada con un plazo de antelación mínimo de tres meses y máximo de cuatro meses a la fecha de finalización de la prolongación concedida, hasta el cumplimiento de la edad máxima legalmente establecida.

Las solicitudes de prolongación de la permanencia en la situación de servicio activo y de sus prórrogas se resolverán de forma motivada, previo informe del órgano competente en materia de personal de la Administración pública en la que el solicitante preste servicios, con base en los siguientes criterios:

- a) Razones organizativas o funcionales.
- b) Resultados de la evaluación del desempeño de la persona solicitante o, en su defecto, rendimiento o resultados obtenidos por la misma. En particular, se tendrá en cuenta el absentismo observado durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud.
- c) Capacidad psicofísica de la persona solicitante en relación con el puesto de trabajo, apreciada mediante certificado de aptitud médico-laboral para el puesto de trabajo, emitido por el correspondiente servicio de prevención de riesgos laborales, previo reconocimiento médico del solicitante y evaluación del puesto de trabajo.

El informe del órgano competente en materia de personal de la Administración pública en la que el solicitante preste servicios se emitirá en un plazo máximo de diez días. Transcurrido dicho plazo sin que se haya emitido el informe, proseguirá el procedimiento. En todo caso, se tendrá en cuenta el plan de ordenación de recursos humanos respecto de aquel personal para el cual su normativa específica así lo establezca.

La persona titular de la consllería competente en materia de función pública, así como las personas titulares de los órganos competentes de las demás administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley, pueden dictar normas complementarias de procedimiento para la tramitación de las solicitudes de prolongación de la permanencia en la situación de servicio activo y de sus prórrogas.

Este apartado no es de aplicación al personal funcionario de aquellos cuerpos y escalas que tengan normas específicas de jubilación de acuerdo con lo dispuesto en la legislación básica estatal.

El personal funcionario docente que imparta las enseñanzas reguladas en la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, o norma que la sustituya, puede optar por jubilarse a la finalización del curso académico en el que cumpla la edad legalmente establecida. La misma regla se aplicará en los supuestos de prolongación de la permanencia en la situación de servicio activo.”

El artículo 69, por último, prevé la posibilidad de recuperar la condición de personal funcionario

Como novedad, el artículo 70 dispone que “La condición de personal laboral se pierde en los casos y en los términos previstos por la legislación laboral y por el convenio colectivo aplicable, sin perjuicio de las especificidades establecidas en esta ley.”

#### a) RÉGIMEN DISCIPLINARIO

La responsabilidad disciplinaria es aquella que se desarrolla en el interior de la relación de servicio y en garantía del cumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario, con sanciones que inciden, únicamente, en sus derechos. El Tribunal Constitucional ha manifestado que le son aplicables al procedimiento por el que se exige la responsabilidad disciplinaria los principios inspiradores del orden penal, si bien con matizaciones de legalidad y tipicidad.

El título VII del Estatuto básico regula el régimen disciplinario. Este título es aplicable desde la entrada en vigor del Estatuto y su artículo 93 señala que “Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente título y en las normas que las leyes de función pública dicten en desarrollo de este Estatuto.

Los funcionarios públicos o el personal laboral que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad

que éstos. Igualmente, incurrirán en responsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos.

El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral.”

No obstante, una vez más, hemos de centrar nuestro análisis en la regulación contenida en la Ley de empleo público de Galicia, en su título IX.

#### *Artículo 183. Responsabilidad disciplinaria*

1. Todo el personal al servicio de las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley queda sujeto al régimen disciplinario establecido en este título.
2. El personal que induzca a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirá en la misma responsabilidad que estos.
3. Incurrirá en responsabilidad en los términos previstos por esta ley el personal al servicio de las administraciones públicas que encubra las faltas consumadas muy graves o graves, o coopere en su ejecución con actos anteriores o simultáneos, cuando de estas faltas se derive daño grave para la Administración pública en la que preste servicios o para los ciudadanos.
4. El régimen disciplinario del personal laboral se rige, en lo no previsto en este título, por la legislación laboral.

#### *Artículo 184. Ejercicio de la potestad disciplinaria*

1. Las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones.

El artículo 185 se ocupa de las faltas muy graves estableciendo una distinción entre las de



los empleados públicos y las de los funcionarios públicos. Así, a título de ejemplo:

Son faltas muy graves de los empleados públicos:

- a) El incumplimiento del deber de respeto a la Constitución y al Estatuto de autonomía de Galicia en el ejercicio de la función pública.
- b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo.
- c) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas.
- d) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración pública en la que presten servicios o a los ciudadanos...

Además, son faltas muy graves del personal funcionario:

- a) La agresión grave a cualquier persona con la que se relacione en el ejercicio de sus funciones.
- b) Las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio que causen grave daño a la Administración pública en la que presten servicios o a los ciudadanos.
- c) La comisión de un delito doloso contra la libertad e indemnidad sexuales, apreciada por sentencia judicial firme, siempre que la víctima sea una persona con la que se relacione en el ejercicio de sus funciones.

Los convenios colectivos podrán tipificar como faltas disciplinarias muy graves del personal laboral las conductas previstas en el apartado anterior.

Los artículos 186 y 187 se ocupan de las faltas graves y leves, únicamente del personal funcionario, sin establecer la distinción anterior. En ambos artículos se prevé que los

convenios colectivos tipificarán las faltas disciplinarias graves y leves del personal laboral atendiendo a las mismas circunstancias señaladas en estos.

Por la comisión de faltas disciplinarias podrán imponerse las sanciones previstas en los artículos 188 a 190, que pueden consistir, según los casos, en:

- a. Separación del servicio del personal funcionario
- b. Despido disciplinario del personal laboral o del personal directivo con contrato de alta dirección
- c. Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral
- d. Traslado forzoso con o sin cambio de localidad
- e. Demérito
- f. Apercibimiento escrito.

En todos los casos de imposición de sanciones disciplinarias podrá establecerse, de forma complementaria a la sanción principal impuesta, la obligación de realizar cursos de formación sobre ética pública (artículo 191.1).

El procedimiento disciplinario se halla regulado en los artículos 192 y siguientes de la ley, y destacan los siguientes aspectos del mismo:

Los apartados 1 a 3 del artículo 192 señalan que “No puede imponerse sanción disciplinaria alguna sin la tramitación del procedimiento previamente establecido. El procedimiento disciplinario se determinará reglamentariamente, atendiendo a los principios de eficacia, celeridad, economía procesal, incoación e impulso de oficio y contradicción, y con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa. En el procedimiento disciplinario quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, debiendo encomendarse estas a órganos distintos.”

La duración máxima del procedimiento disciplinario será de un año. Vencido este plazo sin que se notificase la resolución que pusiera fin al procedimiento, se declarará de oficio la

caducidad del mismo y se ordenará el archivo de las actuaciones. Los procedimientos caducados no interrumpen la prescripción de las faltas disciplinarias. En los supuestos en los que el procedimiento se paralizara por causa imputable a la persona interesada, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución. La caducidad del procedimiento no impide la incoación de un nuevo procedimiento por los mismos hechos, siempre que no se hubiera producido la prescripción de la falta (artículo 192.5)

Para la imposición de faltas leves se establecerá un procedimiento sumario que garantizará en todo caso la audiencia de la persona interesada (artículo 192.7)

Por su parte, el artículo 196 se ocupa de la resolución del procedimiento y establece que:

“La resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario será motivada y resolverá todas las cuestiones derivadas del mismo.

En la resolución no pueden aceptarse hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

La resolución será ejecutiva cuando fuera firme en vía administrativa, sin perjuicio de la suspensión de su eficacia en los supuestos legalmente previstos. Reglamentariamente podrán determinarse otros supuestos de suspensión o inejecución de las resoluciones que impongan sanciones disciplinarias.

En la resolución podrán adoptarse, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva o no se produzca la completa ejecución de la sanción impuesta.

Las resoluciones sancionadoras se anotarán en el correspondiente registro de personal, indicando las faltas que las motivaron.”

En cuanto a la extinción de la responsabilidad disciplinaria el artículo 197 señala que “La responsabilidad disciplinaria se extingue por el cumplimiento de la sanción, la prescripción de la falta o sanción y la pérdida de la condición de empleado público de la persona sujeta a responsabilidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado quinto del artículo 192.”

La prescripción de las faltas y de las sanciones se halla regulada en el artículo 198, que dispone que:

“Las faltas disciplinarias muy graves prescriben a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses.

Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescriben a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

El plazo de prescripción de las faltas comienza a contarse desde que la falta se hubiera cometido, o desde el cese de su comisión cuando se trate de faltas continuadas. A efectos de la presente ley, se entiende por falta continuada la constituida por acciones u omisiones que se prolongan en el tiempo sin solución de continuidad.

Interrumpe la prescripción la iniciación, con conocimiento de la persona interesada, del procedimiento disciplinario. La prescripción se reanuda si el procedimiento ha estado paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

El plazo de prescripción de las sanciones comienza a contarse desde la firmeza de la resolución sancionadora.

Interrumpe la prescripción la iniciación, con conocimiento de la persona interesada, del procedimiento de ejecución de la sanción. La prescripción se reanuda si el procedimiento ha estado paralizado durante más de un mes por causa no imputable a la persona sancionada.”

Por último, hay que señalar que, tal y como prescribe el artículo 199, “Las anotaciones de las sanciones en el correspondiente registro de personal serán canceladas, de oficio o a solicitud de la persona interesada, cuando hayan transcurrido los siguientes plazos desde el cumplimiento de la sanción y siempre que no se hubiera impuesto una nueva sanción dentro de los mismos:

- a) Un año para las sanciones impuestas por faltas leves.
- b) Dos años para las sanciones impuestas por faltas graves.

c) Tres años para las sanciones impuestas por faltas muy graves.

En caso de reiteración o reincidencia durante los plazos previstos en el apartado anterior, los plazos de cancelación de las respectivas anotaciones serán de doble duración que la señalada. La anotación de la sanción de separación del servicio no será objeto de cancelación.”

Por último, debemos hacer mención al Decreto 94/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia. Este decreto fue modificado por el Decreto 157/2004, de 7 de julio (DOG núm. 139, de 20 de julio).

Por su parte, el régimen disciplinario del personal laboral aparece regulado en el capítulo XIII del V Convenio colectivo único para el personal laboral de la Xunta de Galicia.

**ANA GONZÁLEZ DE VICENTE**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 32**

**DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS;  
ESPECIAL REFERENCIA A LA CARRERA  
PROFESIONAL Y PROMOCIÓN INTERNA, A LOS  
DERECHOS RETRIBUTIVOS Y AL DERECHO A LA  
NEGOCIACIÓN COLECTIVA. JORNADA DE  
TRABAJO, PERMISOS Y VACACIONES. DEBERES  
DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. CÓDIGO DE  
CONDUCTA.**

**TEMA 32. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS; ESPECIAL REFERENCIA A LA CARRERA PROFESIONAL Y PROMOCIÓN INTERNA, A LOS DERECHOS RETRIBUTIVOS Y AL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. JORNADA DE TRABAJO, PERMISOS Y VACACIONES. DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. CÓDIGO DE CONDUCTA.**

**1. Derechos de los funcionarios públicos; especial referencia a la carrera profesional y promoción interna, a los derechos retributivos y al derecho a la negociación colectiva**

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (en adelante, Estatuto básico), regula en su título III los derechos y deberes, así como el Código de conducta de los empleados públicos. Su capítulo I, aplicable desde su entrada en vigor, está dedicado a los derechos de los empleados públicos.

La Ley 2/2015, de empleo público de Galicia, se ocupa de los derechos de los empleados públicos en sus títulos VI y VII, distinguiendo los derechos de ejercicio individual y los de ejercicio colectivo.

Los derechos individuales se hallan enumerados en el artículo 71 que dispone que “los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio:

- a) A la inamovilidad en la condición de personal funcionario de carrera.
- b) Al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional.
- c) A la progresión en la carrera profesional y promoción interna según los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación.
- d) A la movilidad profesional en los términos previstos por esta ley.
- e) A las vacaciones, descansos, permisos y licencias, previa acreditación documental, en su caso, de las circunstancias que los justifiquen en los términos que reglamentariamente

se determinen.

- f) A percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio.
- g) A las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación.
- h) A participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde presten sus servicios y a ser informados por sus superiores de las tareas a desarrollar.
- i) A la defensa jurídica y protección de la Administración pública en la que presten servicios en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos.
- j) A la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral.
- k) Al respecto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral.
- l) A la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- m) A la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- n) A la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico.
- ñ) A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.
- o) A la jubilación según los términos y condiciones establecidos en las normas aplicables.
- p) A la libre asociación profesional.
- q) Al acceso a su expediente personal en los términos que reglamentariamente se determinen.
- r) A los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

De todos ellos, nos ocuparemos especialmente de los derechos individuales a la carrera



profesional y promoción interna y de los derechos retributivos.

## 1. De los derechos individuales

### 1.1 De la carrera profesional y promoción interna

De la promoción profesional se ocupa el capítulo II del título VI pero ha de tenerse en cuenta que, conforme establece el número 2 de la disposición final quinta de la presente ley, las disposiciones relativas a la carrera horizontal del personal funcionario de carrera y a los conceptos retributivos vinculados a la misma no surtirán efectos mientras no entren en vigor las normas reglamentarias que las desarrollen.

Su artículo 75 regula las modalidades de carrera profesional del personal funcionario de carrera, al disponer que:

El personal funcionario de carrera hará efectivo su derecho a la promoción profesional a través de las siguientes modalidades de carrera profesional:

a) Carrera horizontal, que consiste en el ascenso de grado y de categoría profesional sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo, en los términos que se establezcan reglamentariamente en desarrollo de los principios contemplados en esta sección.

b) Carrera vertical, que consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en la presente ley.

c) Promoción interna vertical, que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, a otro superior, conforme a lo establecido en esta sección.

d) Promoción interna horizontal, que consiste en el acceso a otro cuerpo o escala del mismo subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, conforme a lo establecido en esta sección.

La ley regula la carrera horizontal en su artículo 77, señalando que:

a) Dentro de cada cuerpo o escala existirán, como regla general, tres categorías profesionales: de ingreso, media y superior, divididas en un mínimo de tres grados de ascenso, a los que irá vinculada la cuantía del complemento retributivo de carrera previsto en la presente ley.

- b) El personal funcionario de cada cuerpo o escala tendrá atribuida una categoría profesional y un grado dentro de la misma, que para el personal funcionario de nuevo ingreso serán necesariamente la categoría de ingreso y el grado inferior de esta.
- c) La progresión en la carrera horizontal consistirá en el ascenso de grado y de categoría profesional. Los ascensos de grado y de categoría serán consecutivos, salvo las excepciones que se establezcan para los ascensos de grado dentro de cada categoría. En todo caso, el ascenso de categoría requerirá haber alcanzado el grado superior de la categoría inmediatamente inferior y el acceso a la categoría siguiente se hará siempre por el grado inferior de la misma.
- d) Serán requisitos necesarios para los ascensos la antigüedad en el grado o categoría profesional que se establezca y la evaluación positiva del desempeño profesional. Asimismo, podrán valorarse los conocimientos adquiridos y otros méritos y aptitudes en razón a la especificidad de la función desarrollada y la experiencia.
- e) La progresión en la carrera horizontal tendrá carácter irreversible, excepto en los casos de sanción disciplinaria de demérito.

Respecto a la carrera vertical, el artículo 78, dispone que “la carrera vertical del personal funcionario de carrera se desarrolla mediante la obtención, por los procedimientos de provisión ordinaria, de puestos de trabajo que, según su clasificación, comporten una mayor responsabilidad o dificultad técnica y un complemento retributivo superior.”

En cuanto a la promoción interna vertical, el artículo 80 apartados 1 y 2 señala que “en las convocatorias de pruebas selectivas para el acceso a la función pública, un mínimo de un veinticinco por ciento de las plazas convocadas se reservará para personal funcionario perteneciente a cuerpos o escalas del subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, inmediatamente inferior que reúna los siguientes requisitos:

- a) Poseer la titulación y demás requisitos exigidos.
- b) Haber prestado servicios efectivos en la condición de personal funcionario durante al menos dos años en el subgrupo o grupo de clasificación profesional desde el cual se pretenda promocionar.

c) No superar la edad de jubilación forzosa.

Las plazas reservadas para la promoción interna que no se cubran por este procedimiento se acumularán a las de provisión libre, siempre que se trate de un proceso selectivo único regido por una misma convocatoria.

Asimismo, el personal funcionario de los cuerpos o escalas del subgrupo de clasificación profesional C1 puede participar en los procesos de promoción interna para el acceso a los cuerpos o escalas del subgrupo A2, siempre que cumpla los requisitos establecidos en el apartado anterior.”

De la promoción interna horizontal se ocupa el artículo 81 al disponer que “el personal funcionario de carrera puede acceder a otros cuerpos o escalas del mismo subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, siempre que reúna los requisitos establecidos en el apartado primero del artículo 80 y supere las correspondientes pruebas selectivas.

2. La convocatoria del proceso selectivo podrá eximir total o parcialmente de alguna de las pruebas selectivas y/o reducir parte del temario al personal que proceda de un cuerpo o escala que tenga asignadas funciones sustancialmente coincidentes en su contenido profesional y en su nivel técnico con las del cuerpo o escala al que desea promocionar.

3. Asimismo, será de aplicación a la promoción interna horizontal del personal funcionario de carrera lo establecido en el segundo párrafo del apartado tercero del artículo 80.

La carrera profesional y promoción del personal laboral se halla regulada en el artículo 82 que establece que “la carrera profesional y la promoción del personal laboral se harán efectivas a través de los procedimientos previstos en la legislación laboral y en los convenios colectivos.”

En este apartado hay que destacar la regulación que realiza la sección segunda del capítulo I, título IV de la ordenación de los empleados públicos, destacando los artículos 41 y 42 de la Ley de empleo público de Galicia, novedosos en cuanto a la regulación anterior.

El artículo 41 regula los cuerpos y escalas del personal funcionario de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, estableciendo que:

1. El personal funcionario de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia se agrupa en cuerpos de Administración general y cuerpos de Administración especial, en los que podrán crearse diferentes escalas.

Cuando el contenido técnico y particularizado de determinados puestos de trabajo exija como requisito para su desempeño una mayor especialización de conocimientos para el ejercicio de las funciones de los cuerpos y escalas, podrán crearse mediante decreto especialidades dentro de los mismos.

La asignación de especialidades se realizará a través de las relaciones de puestos de trabajo, atendiendo a las características de los puestos.

2. Son cuerpos de Administración general los siguientes:

a) El cuerpo superior. Se integra en este cuerpo el personal funcionario seleccionado para ocupar puestos que tengan atribuidas funciones de planificación, administración y gestión superior de los recursos, servicios, proyectos y programas, tales como proponer normas, diseñar procedimientos administrativos, diseñar e implantar sistemas de gestión, evaluación y mejora continua, preparar o diseñar modelos de resoluciones administrativas y elaborar informes y estudios para la toma de decisiones.

b) El cuerpo de gestión. Se integra en este cuerpo el personal funcionario seleccionado para ocupar puestos que tengan atribuidas funciones de colaboración técnica con las de nivel superior, así como de aplicación de las normas, gestión de los procedimientos administrativos, propuestas de resolución de expedientes normalizados y estudios e informes que no correspondan a tareas de nivel superior.

c) El cuerpo administrativo. Se integra en este cuerpo el personal funcionario seleccionado para ocupar puestos que tengan atribuidas las funciones de colaboración, preparatorias o derivadas de las propias del cuerpo superior y del cuerpo de gestión, la propuesta de resolución de procedimientos normalizados que no correspondan al cuerpo superior o al cuerpo de gestión, la comprobación, gestión, actualización y tramitación de documentación y la preparación de aquella que, en función de su complejidad, no sea propia del cuerpo superior o del cuerpo de gestión, la elaboración y administración de datos, el inventariado de bienes y materiales, y tareas ofimáticas, manuales, de

información y despacho y atención al público.

d) El cuerpo auxiliar. Se integra en este cuerpo el personal funcionario seleccionado para ocupar puestos que tengan atribuidas las funciones de carácter complementario o instrumental en las áreas de actividad administrativa, así como tareas ofimáticas y de despacho de correspondencia, transcripción y tramitación de documentos, archivo, clasificación y registro, ficheros, atención al público, manejo de máquinas reproductoras y traslado de documentos o similares.

3. Son cuerpos de Administración especial los siguientes:

a) El cuerpo facultativo superior. Se integra en este cuerpo el personal funcionario seleccionado para ocupar puestos que tengan atribuida la realización de actividades profesionales para cuyo desempeño se precise una titulación del mismo nivel académico que el requerido para el acceso al cuerpo superior de Administración general.

b) El cuerpo facultativo de grado medio. Se integra en este cuerpo el personal funcionario seleccionado para ocupar puestos que tengan atribuidas funciones profesionales para cuyo desempeño se requiera una titulación del mismo nivel académico que el requerido para el acceso al cuerpo de gestión de Administración general.

c) El cuerpo de técnicos de carácter facultativo. Se integra en este cuerpo el personal funcionario seleccionado para ocupar puestos que tengan atribuidas funciones técnicas para cuyo desempeño se requiera una titulación de técnico superior.

d) El cuerpo de ayudantes de carácter facultativo. Se integra en este cuerpo el personal funcionario seleccionado para ocupar puestos que tengan atribuidas funciones de ejecución, colaboración y apoyo a los cuerpos facultativos de grado superior y medio en el ejercicio de su titulación académica o profesión.

e) El cuerpo de auxiliares de carácter técnico. Se integra en este cuerpo el personal funcionario seleccionado para ocupar puestos que tengan atribuidas funciones correspondientes a su nivel de titulación que no tengan carácter general o común.

4. Los cuerpos y escalas del personal funcionario de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia dependen orgánicamente de la consejería competente en materia de función pública, sin perjuicio de la dependencia que funcionalmente les

corresponda.

Por su parte el artículo 42 regula los grupos de clasificación de los cuerpos y escalas del personal funcionario de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia:

“Los cuerpos y escalas del personal funcionario de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia se clasifican en los siguientes grupos y subgrupos, de conformidad con la titulación exigida para el acceso a los mismos:

a) Grupo A. Para el acceso a este grupo es necesario estar en posesión del título universitario oficial de grado, salvo en los supuestos en los que una norma con rango de ley exija otro título universitario oficial.

– Subgrupo A1. Pertenecen a este subgrupo el cuerpo superior de Administración general y el cuerpo facultativo superior de Administración especial.

– Subgrupo A2. Pertenecen a este subgrupo el cuerpo de gestión de Administración general y el cuerpo facultativo de grado medio de Administración especial.

b) Grupo B. Para el acceso a este grupo es necesario estar en posesión del título de técnico superior. Pertenecen a este grupo el cuerpo de técnicos de carácter facultativo de Administración especial.

c) Grupo C.

– Subgrupo C1. Para el acceso a este subgrupo es necesario estar en posesión del título de bachiller o técnico. Pertenecen a este subgrupo el cuerpo administrativo de Administración general y el cuerpo de ayudantes de carácter facultativo de Administración especial.

– Subgrupo C2. Para el acceso a este subgrupo es necesario estar en posesión del título de graduado en educación secundaria obligatoria. Pertenecen a este subgrupo el cuerpo auxiliar de Administración general y el cuerpo de auxiliares de carácter técnico de Administración especial.”

El personal laboral incluido en el ámbito de aplicación de la presente ley se clasificará de conformidad con la legislación laboral y el respectivo convenio colectivo según el artículo 44.1 y su carrera profesional y promoción se harán efectivas a través de los

procedimientos previstos en la legislación laboral y en los convenios colectivos (artículo 82.1)

La ley regula también la evaluación de desempeño, en la sección II del capítulo II del título VI. Según su artículo 83 es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados de los empleados públicos. Las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de todo su personal, en los términos que se establezcan reglamentariamente en desarrollo de los principios recogidos en esta sección. En el diseño y establecimiento de estos sistemas serán oídas las organizaciones sindicales. 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 por órganos especializados dotados de autonomía funcional.

Esta evaluación se hará de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 84 y la obtención por los empleados públicos de un resultado negativo en la evaluación planificada podrá conllevar la no percepción del complemento retributivo de desempeño previsto por la letra c) del apartado segundo del artículo 137 o concepto retributivo equivalente y, en su caso, la obligatoriedad de actualización y perfeccionamiento de su cualificación profesional mediante la participación en los cursos de formación reglada que se establezcan, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 94 sobre remoción de puestos de trabajo obtenidos por concurso (artículo 85.2)

### 1.2 De los derechos retributivos

Según el artículo 134.1 de la Ley de empleo público de Galicia, “las cuantías de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias del personal funcionario, así como la masa salarial del personal laboral, deben reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia.”

Las retribuciones del personal funcionario de carrera, según al artículo 135, se clasifican en básicas y complementarias.

Según el artículo 136, “las retribuciones básicas se asignan al personal funcionario según

la adscripción de su cuerpo o escala a un determinado subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, y la antigüedad en el mismo. Dentro de ellas están comprendidos los componentes de sueldo y trienios de las pagas extraordinarias.

Las retribuciones básicas están integradas única y exclusivamente por:

- a) El sueldo asignado a cada subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo.
- b) Los trienios, que consisten en una cantidad, que será igual para cada subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, por cada tres años de servicio en el cuerpo o escala.

En los casos en los que el personal funcionario preste servicios sucesivamente en diferentes cuerpos o escalas de distinto subgrupo o grupo de clasificación, tendrá derecho a seguir percibiendo los trienios derivados de la pertenencia a los subgrupos o grupos anteriores, con la cuantía que corresponda al subgrupo o grupo al que pertenezca en el momento del perfeccionamiento de los mismos. Asimismo, cuando el personal funcionario cambie de adscripción de subgrupo o grupo antes de completar un trienio, la fracción de tiempo transcurrido se considerará como tiempo de servicios prestados en el nuevo subgrupo o grupo.

El personal funcionario interino que acceda a la condición de personal funcionario en prácticas o de carrera tiene derecho a seguir percibiendo los trienios que tenga reconocidos como personal funcionario interino en la misma o en otra Administración pública.

Las cuantías de las retribuciones básicas serán iguales para cada subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo.”

Las retribuciones complementarias, según al artículo 137, se asignan al personal funcionario según las características de los puestos de trabajo, la progresión en la carrera profesional y, en su caso, el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados y los servicios extraordinarios prestados y están integradas por:

- a) El complemento de carrera, que retribuye la progresión alcanzada por el personal



funcionario dentro del sistema de carrera profesional establecido por la presente ley.

La cuantía del complemento de carrera será igual para los grados equivalentes de progresión en la carrera profesional en los cuerpos y escalas pertenecientes al mismo subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo.

b) El complemento de puesto de trabajo, que se divide en los dos componentes siguientes:

- Competencial, destinado a retribuir la especial dificultad técnica y responsabilidad que concurren en el puesto.

- De dedicación, destinado a retribuir la dedicación e incompatibilidad exigible para el desempeño del puesto o las especiales condiciones en las que se desarrolla.

La cuantía del complemento de puesto será igual para los puestos de trabajo con condiciones de trabajo y exigencias de dedicación e incompatibilidad semejantes.

c) El complemento de desempeño, que retribuye el grado de interés, iniciativa y esfuerzo con los que el personal funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos, valorados de forma objetiva a través del procedimiento de evaluación de desempeño previsto por esta ley.

La cuantía global del complemento de desempeño no podrá exceder del porcentaje que se determine en la Ley de presupuestos sobre los costes totales de personal de cada programa y de cada órgano. Reglamentariamente se establecerán los criterios a los que ha de sujetarse la persona responsable de la gestión de cada programa de gasto para determinar su cuantía individual.

La asignación de este complemento se realizará conforme a criterios objetivos establecidos reglamentariamente, con la necesaria información y participación de los órganos de representación del personal.

d) Las gratificaciones por servicios extraordinarios, realizados fuera de la jornada normal, que en ningún caso pueden ser fijas en su cuantía ni periódicas en su percepción.

También tendrán la consideración de gratificaciones extraordinarias las compensaciones

económicas no incluidas en el complemento de puesto de trabajo que se devenguen por la prestación de servicios en regímenes de jornada distinta a la ordinaria, cambios de turno, realización de guardias localizadas o de trabajos nocturnos o en sábados, domingos y festivos, o participación en campañas de incendios forestales.

El personal funcionario tiene derecho a percibir dos pagas extraordinarias al año, en los meses de junio y diciembre, cada una por importe de una mensualidad de las retribuciones básicas y de los complementos de carrera y de puesto de trabajo (artículo 138). El personal funcionario tiene derecho a percibir las indemnizaciones por razones de servicio que correspondan, en los términos y con las condiciones que se determinen reglamentariamente (artículo 139).

El artículo 140 se ocupa de las retribuciones del personal funcionario interino, señalando que “el personal funcionario interino percibirá las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes al subgrupo o grupo de adscripción, en el supuesto de que este no tenga subgrupo. Asimismo, percibirá las mismas retribuciones complementarias que el personal funcionario de carrera. El personal interino nombrado para la ejecución de programas de carácter temporal o por exceso o acumulación de tareas percibirá el complemento de puesto de trabajo asimilado a las funciones que deba realizar, en los términos que reglamentariamente se determinen” y el artículo 141 de las retribuciones del personal funcionario en prácticas, señalando que “las retribuciones del personal funcionario en prácticas se corresponderán a las del sueldo del subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga subgrupo, en el que se aspire a ingresar y, en su caso, incluirán los trienios que se hubieran reconocido con anterioridad al inicio del curso selectivo o del período de prácticas.

Si el curso selectivo o el período de prácticas se realizase desempeñando un puesto de trabajo, se percibirán además las retribuciones complementarias correspondientes a este. El personal funcionario en prácticas que tenga la condición de personal funcionario o laboral de cualquiera de las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley podrá optar por mantener las retribuciones que le correspondan en virtud de esa condición o percibir las previstas en el apartado anterior.”

En cuanto a las retribuciones del personal laboral, el artículo 142 dispone que “las

retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, dentro de los límites derivados de lo previsto por el apartado primero del artículo 134 de esta ley.”

Las retribuciones del personal directivo se hallan reguladas en el artículo 143 que dispone que “la parte fija de las retribuciones del personal directivo prevista en el apartado primero del artículo 35 estará integrada por:

a) Las retribuciones básicas, integradas por el sueldo y, en su caso, los trienios, así como por los componentes de estos en las pagas extraordinarias.

El sueldo y los trienios del personal directivo que tenga la condición de personal funcionario de carrera o personal laboral fijo se corresponderán a los del subgrupo o grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga grupo, al que pertenezca, o a los conceptos retributivos equivalentes del personal laboral. En los demás casos se percibirá como retribuciones básicas exclusivamente el sueldo del subgrupo o grupo de clasificación profesional del personal funcionario de carrera que corresponda a la titulación académica que se posea.

b) Las retribuciones complementarias, que incluirán, en los términos que reglamentariamente se determinen, un complemento de carrera y otro de puesto directivo.

1. El personal directivo percibirá pagas extraordinarias e indemnizaciones en razón de servicio en los términos establecidos por los artículos 138 y 139 de esta ley.”

El título VI cierra su regulación ocupándose de la Seguridad Social y de los derechos pasivos, estableciendo en su artículo 146 que “el régimen de la Seguridad Social y derechos pasivos del personal al servicio de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales del sector público autonómico es el establecido por la normativa estatal que resulte de aplicación.

2. El régimen de la Seguridad Social del personal funcionario de carrera procedente de otras administraciones públicas será el que disponga la normativa aplicable.

3. Las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley complementarán las prestaciones por incapacidad temporal que correspondan al personal funcionario a su servicio que se encuentre acogido al régimen general de la Seguridad

Social conforme a las siguientes reglas:

a) En los casos de contingencias profesionales y contingencias comunes que generen hospitalización o intervención quirúrgica, así como en los de enfermedad grave, se abonará un complemento hasta alcanzar el cien por cien de las retribuciones desde la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal.

b) En los casos de enfermedad común no grave o accidente no laboral, el complemento se calculará del modo siguiente:

- Desde el primer día de la situación de incapacidad temporal hasta el tercer día inclusive se abonará un complemento hasta alcanzar el cincuenta por ciento de las retribuciones.

- Desde el cuarto día de la situación de incapacidad temporal hasta el vigésimo día inclusive se abonará un complemento hasta alcanzar el setenta y cinco por ciento de las retribuciones.

- A partir del día vigésimo primero se abonará un complemento hasta alcanzar el cien por cien de las retribuciones.

4. A fin de hacer efectiva la garantía de plenitud de derechos económicos del personal funcionario prevista en la letra b) del artículo 125 para los casos de permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y en el apartado tercero del artículo 126 para los casos de licencia por riesgo en el embarazo o durante el período de lactancia natural, las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley complementarán hasta el cien por cien de la base reguladora del subsidio económico correspondiente, reconociéndolo aunque el personal funcionario no reúna los requisitos para acceder al mismo.

## 2. De los derechos colectivos.

### – Derechos colectivos

Además de los derechos individuales de los funcionarios existen también los derechos colectivos, que son los que les corresponden como miembros de un colectivo. Estos derechos, siguiendo el artículo 15 del Estatuto básico y de conformidad con el artículo 147 de la Ley de empleo público de Galicia, son los siguientes:

“1. Los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley tienen los siguientes derechos individuales que se ejercen de forma colectiva:

a) A la libertad sindical.

b) A la negociación colectiva, a la representación y a la participación institucional para la determinación de las condiciones de trabajo.

c) A la huelga, sin perjuicio de la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

d) A suscitar conflictos colectivos de trabajo.

e) A la reunión.

2. El ejercicio de los derechos a la libertad sindical, a la huelga y a suscitar conflictos colectivos de trabajo se rige por la legislación que resulte de aplicación en cada caso.

3. El ejercicio de los derechos a la negociación colectiva, a la representación y a la participación institucional para la determinación de las condiciones de trabajo se rige, en el caso del personal funcionario, por las disposiciones contenidas en este título y, en el caso del personal laboral, por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este título que expresamente le son de aplicación.

4. El ejercicio del derecho de reunión se rige, en todo caso, por las disposiciones contenidas en este título.”

. Derecho a la libertad sindical: el artículo 28.1 de la Constitución española, dentro de la sección 1ª del capítulo II del título I, dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, establece que “*todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las fuerzas o institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato*”.

El artículo 103.3 del texto constitucional dispone que “*la ley regulará el estatuto de los*

*funcionarios públicos, [...] las peculiaridades del ejercicio de su derecho a la sindicación [...]*”.

Para estudiar este derecho hay que acudir a la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, que establece en su artículo 1 que todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. A los efectos de esta ley, se considerarán trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las administraciones públicas. Esta ley orgánica, además de regular la libertad sindical, recoge el régimen jurídico sindical, la representatividad sindical, la acción sindical, la tutela de la libertad sindical y la represión de las conductas antisindicales.

. Derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo: la Constitución española, dentro de la sección 2ª del capítulo II del título I, dedicada a los derechos y deberes de los ciudadanos, dispone en su artículo 37 que *“la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*.

La Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, en su disposición adicional segunda, fijó un plazo de un año para que, en desarrollo de lo previsto en el artículo 103.3 de la Constitución, el Gobierno remitiese a las Cortes un proyecto de ley en el que se regulasen los órganos de representación de los funcionarios de las administraciones públicas. En virtud de lo cual se dictó la Ley 9/1987, de 12 de junio. Regulado ya el derecho a la libertad sindical por la Ley orgánica 11/1985, la Ley 9/1987 trataba otros aspectos derivados del derecho reconocido a los funcionarios públicos y que hacían referencia a sus propios órganos de representación (delegados de personal y juntas de personal), así como a la negociación colectiva, a la determinación de sus condiciones de trabajo y a la participación del personal al servicio de las administraciones públicas, regulando las mesas de negociación.

El Estatuto básico deroga la Ley 9/1987 en su totalidad, excepto el artículo 7 y con la excepción prevista en la disposición transitoria quinta del Estatuto básico, que se refiere al

procedimiento electoral. Dentro del título III, el capítulo IV (aplicable desde su entrada en vigor) del Estatuto básico regula el derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional, junto con el derecho de reunión.

Por su parte, la Ley 2/2015 regula la negociación colectiva en sus artículos 149 y siguientes.

El artículo 149 dispone que:

“La negociación colectiva de condiciones de trabajo del personal funcionario, que está sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia, se efectúa mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en los artículos 6.3.c), 7.1 y 7.2 de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, o normas que los sustituyan, y lo previsto en este capítulo.

2. A estos efectos, se constituirán mesas de negociación en las que estarán legitimados para estar presentes, por una parte, la representación de la Administración pública correspondiente y, por otra, las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal, las organizaciones sindicales más representativas de la Comunidad Autónoma de Galicia, así como los sindicatos que hayan obtenido el diez por ciento o más de representación en las elecciones para delegados y juntas de personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución.

3. Las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley pueden encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán su representación en la negociación colectiva previas las instrucciones políticas correspondientes y sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos competentes.”

A efectos de la negociación colectiva del personal funcionario, se constituirá una mesa general de negociación en el ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia, así como en cada una de las entidades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley (artículo 150.1). Son competencias propias de las mesas

generales del personal funcionario la negociación de las materias relacionadas con condiciones de trabajo comunes al personal funcionario de su ámbito, así como la negociación de las materias que excedan del ámbito de una sola mesa sectorial. En particular, serán objeto de negociación en estas mesas las cuestiones relativas al incremento de las retribuciones y a la determinación y aplicación de aquellos conceptos retributivos que afecten al conjunto del personal funcionario de la correspondiente Administración pública. Dependiendo de las mesas generales de negociación del personal funcionario y por acuerdo de las mismas pueden constituirse mesas sectoriales en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de personal funcionario y a su número.

La competencia de las mesas sectoriales se extiende a los temas comunes al personal funcionario del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la mesa general o a los que esta explícitamente les reenvíe o delegue (apartados 3 a 5 del artículo 150).

Según el artículo 152, podrá constituirse la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas Gallegas. Para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral, se constituirá en la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y en las entidades locales incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos.

Deberán ser objeto de negociación las materias enumeradas en el artículo 153.

. Derecho al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad: el artículo 28.2 de la Constitución española, dentro de la sección 1ª del capítulo II del título I, dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, establece que *“se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”*.

A diferencia de la libertad sindical, que se reguló a través de una ley orgánica, el derecho de huelga se regula a través de un real decreto ley, en concreto, el Real decreto



ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Como ya se relata en su exposición de motivos, inicialmente el Decreto ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, supuso una etapa importante en la evolución histórica de la legislación laboral, en cuanto que consagró la legitimidad del derecho a la huelga, siempre que se hubiesen observado los requisitos de fondo y de forma que el propio texto legal contenía. La dinámica social y los cambios políticos pusieron de manifiesto la necesidad de relevo de esas normas por otras en las que quedase consagrada la huelga como derecho, se aligerase el procedimiento para su ejercicio y se fijasen sus límites en las fronteras que marcase la salvaguarda de los intereses superiores de la comunidad. Así es como se llegó al Real decreto ley 17/1977. No hay que olvidar que este Real decreto ley 17/1977 es preconstitucional. Interpuesto un recurso de inconstitucionalidad contra él, el Tribunal Constitucional lo estimó parcialmente en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, que hay que tener por tanto en cuenta al estudiar este derecho.

El artículo 28.2 de la Constitución española no hace referencia explícita a la huelga en el caso de funcionarios públicos. La permisividad parece recogerse en la propia Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, que establecía en su disposición adicional décimo segunda (derogada por el Estatuto básico) que los funcionarios que ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hubiesen permanecido en esa situación, sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga, en ningún caso, carácter de sanción disciplinaria ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales.

El Estatuto básico, en su artículo 30, recoge esta misma previsión. En correspondencia con esto, el artículo 145.2 de la Ley de empleo público de Galicia dispone que los empleados públicos que ejerzan el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en esa situación, sin que la deducción de retribuciones que se efectúe tenga carácter sancionador ni afecte al régimen respectivo de prestaciones sociales.

Se consideran faltas muy graves la participación en huelgas por quien lo tenga expresamente prohibido por la ley, el incumplimiento de los deberes de atender los

servicios esenciales en caso de huelga y también la realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho a la huelga (artículo 3 del Decreto 94/1991, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia).

. Derecho al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso.

El artículo 37 de la Constitución española, dentro de la sección 2ª del capítulo II del título I, dedicado a los derechos y deberes de los ciudadanos, recoge que “*se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para que se asegure el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad*”.

En este apartado, hay que destacar que el artículo 40.2 del Estatuto básico dispone que las juntas de personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros y, en su caso, los delegados de personal, mancomunadamente, estarán legitimados para iniciar, como interesados, los correspondientes procedimientos administrativos y ejercitar las acciones en vía administrativa o judicial en todo lo relativo al ámbito de sus funciones.

Por otra parte, el artículo 162 de la Ley de empleo público regula la solución extrajudicial de conflictos colectivos, a través de los procedimientos de mediación y arbitraje.

. Derecho de reunión: el artículo 21 de la Constitución española, dentro de la sección 1ª del capítulo II del título I, dedicada a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas.

El artículo 163 de la Ley de empleo público de Galicia regula este derecho, al establecer que en el derecho de reunión:

“1. Están legitimados para convocar una reunión, además de las organizaciones sindicales, directamente o a través de los delegados sindicales:

- a) Los delegados de personal.
- b) Las juntas de personal.

c) Los comités de empresa.

d) Los empleados públicos de las administraciones públicas respectivas en número no inferior al cuarenta por ciento del colectivo convocado.

2. Las reuniones en el centro de trabajo se autorizarán fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo entre el órgano competente en materia de personal y quienes estén legitimados para convocarlas.

3. La celebración de las reuniones no perjudicará la prestación de los servicios y los convocantes de la misma serán responsables de su normal desarrollo.”

## **2. Jornada de trabajo, permisos y vacaciones**

El Estatuto básico regula en el capítulo V (aplicable desde su entrada en vigor) del título III el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones.

A nivel autonómico, la sección 6ª del capítulo IV del título VI de la Ley de la función pública de Galicia regula la jornada de trabajo, permisos, licencias y vacaciones, en esta hemos de centrar nuestro estudio.

### **2.1. Jornada de trabajo**

El artículo 105 de la Ley de empleo público de Galicia regula la jornada de trabajo del personal funcionario, estableciendo que:

“Cada una de las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley determinará la jornada ordinaria y las especiales de trabajo del personal funcionario, así como los supuestos en los que aquella puede ser a tiempo parcial, previa negociación con la representación del personal. Asimismo, establecerá la jornada máxima semanal o, en su caso, para jornadas especiales, en el período de tiempo superior que se determine, y la fórmula para el cómputo anual de la jornada de trabajo.

El personal funcionario tiene derecho a la reducción de la jornada de trabajo diaria, con la percepción íntegra de sus retribuciones, en los casos y con las condiciones que se determinan en el artículo 106.

El artículo 107 regula el teletrabajo al establecer que “cuando la naturaleza del puesto que se desempeñe lo permita, y siempre que se garantice la correcta prestación de los

servicios, los empleados públicos podrán realizar todas las funciones de su puesto o algunas de ellas fuera de las dependencias de la Administración pública en la que estén destinados, mediante el empleo de las nuevas tecnologías, en los supuestos y con los requisitos que se determinen reglamentariamente.”

## 2.2 Permisos retribuidos (artículos 118 y siguientes)

Los funcionarios públicos tienen los siguientes permisos retribuidos:

- Permisos por fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica de un familiar
- Permisos por traslado de domicilio
- Permisos para la realización de funciones sindicales, de formación sindical o de representación del personal
- Permiso para concurrir a exámenes finales, pruebas definitivas de aptitud y pruebas selectivas en el ámbito del empleo público
- Permiso por lactancia
- Permiso por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto
- Permisos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto
- Permisos para la realización de tratamientos de fecundación asistida
- Permisos por accidente o enfermedad muy graves
- Permisos para el cumplimiento de deberes inexcusables de carácter público o personal, de deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral y de asistencia a consultas y revisiones médicas
- Permisos por asuntos particulares
- Permiso por matrimonio o unión de hecho
- Permisos para la formación militar de los reservistas voluntarios o de los aspirantes a tal condición

Del mismo modo, el personal funcionario por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, tiene derecho a los siguientes permisos (artículos 121 y siguientes)

- Permiso por parto
- Permiso por adopción o acogimiento
- Especialidades en los casos de adopción o acogimiento internacional
- Permiso del otro progenitor por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo

### 2.3 Licencias del personal funcionario (artículos 126 y siguientes)

El personal funcionario tiene derecho a las siguientes licencias:

- Licencia por riesgo en el embarazo o durante el período de lactancia natural
- Licencias por asuntos propios
- Licencias por enfermedad
- Licencias para la realización de estudios sobre materias directamente relacionadas con la Administración pública
- Licencias para la participación en proyectos o programas de cooperación para el desarrollo y de acción humanitaria
- Licencia para supuestos de hospitalización prolongada

### 2.4. Vacaciones

El art 132 de la Ley 2/2015 regula las vacaciones del personal funcionario, señalando que:

“1. El personal funcionario tiene derecho, por año completo de servicios, a vacaciones retribuidas de, como mínimo, veintidós días hábiles anuales o de los días que correspondan proporcionalmente al tiempo de servicios efectivos.

2. A efectos de lo previsto en este artículo, no se consideran como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para las jornadas especiales de trabajo.

3. Se reconoce el derecho a la elección del período de vacaciones de las mujeres gestantes y a la preferencia de elección de las personas con hijos menores de doce años o

mayores dependientes a su cuidado, teniendo prioridad quienes reúnan la condición de progenitor de familia numerosa.

4. Se reconoce el derecho a la fijación de un período alternativo de vacaciones en los casos de coincidencia del período ordinario de vacaciones con los permisos por lactancia, parto, adopción o acogimiento, o de otro progenitor por parto, adopción o acogimiento de un hijo.

5. Los permisos mencionados en el apartado anterior, así como los períodos de incapacidad temporal, pueden acumularse a las vacaciones. En estos casos, el derecho a las vacaciones podrá ejercerse incluso después de haber finalizado el año natural al que las mismas correspondan.”

### **3. Deberes de los empleados públicos. Código de conducta**

Por su parte, el Estatuto básico regula dentro del título III, en el capítulo VI (aplicable desde su entrada en vigor), los deberes de los empleados públicos y el Código de conducta.

El artículo 52 del Estatuto básico (“Deberes de los empleados públicos. Código de conducta”) señala que los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar de acuerdo con los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes. Los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos.

Los principios éticos aparecen regulados en el Estatuto básico, en el artículo 53, y los principios de conducta en el artículo 54.

Tal y como señala el Estatuto básico en su exposición de motivos, por primera vez se

establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento que constituyen un auténtico código de conducta. Se incluyen con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. Pues la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y deberes específicos para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio.

La Ley 2/2008, de la función pública de Galicia, no dedicaba ningún apartado específico a regular los deberes de los funcionarios, ni tampoco los reglamentos que la desarrollan. En su artículo 2, disponía que el personal de la Administración de la Comunidad Autónoma desempeñará sus funciones al servicio de los ciudadanos y de los intereses generales de Galicia con criterios de objetividad, profesionalidad e imparcialidad.

No obstante, la actual Ley 2/2015 regula de forma específica los deberes de los empleados públicos y el Código de conducta en su artículo 74, estableciendo que:

“Los empleados públicos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley se someterán a un código de conducta configurado por los siguientes deberes:

- a) Respetar la Constitución, el Estatuto de autonomía de Galicia y el resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico.
- b) Basar su conducta en el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas, evitando toda actuación que pueda producir alguna discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.
- c) Perseguir con su actuación la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, por lo cual dicha actuación se fundamentará en consideraciones objetivas orientadas a la imparcialidad y al interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales, familiares, corporativas, clientelares o cualquier otra que pueda colisionar con este principio.
- d) Ejercer sus atribuciones según el principio de dedicación al servicio público,

absteniéndose no solo de conductas contrarias al mismo, sino también de cualquier otra que comprometa la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos.

- e) Abstenerse en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal, así como de toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de generar conflictos de intereses con su puesto público y, en particular, no contraer obligaciones económicas ni intervenir en operaciones financieras, obligaciones patrimoniales o negocios jurídicos con personas o entidades cuando puedan suponer un conflicto de intereses con las obligaciones de su puesto público.
- f) No aceptar ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada, por parte de personas físicas o entidades privadas y, en particular, rechazar cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código penal.
- g) No influir en la agilización o resolución de trámite o procedimiento administrativo sin causa justa y, en ningún caso, cuando eso comporte un privilegio en beneficio de los titulares de los cargos públicos o en su entorno familiar y social inmediato o cuando suponga un menoscabo de los intereses de terceros.
- h) Ajustar su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración pública en la que presten sus servicios, con sus superiores, con sus compañeros, con sus subordinados y con los ciudadanos.
- i) Tratar con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos.
- j) Desempeñar con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden, resolviendo, en su caso, los procedimientos o expedientes de su competencia dentro de plazo y cumpliendo la jornada y horario establecidos.
- k) Actuar de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia y vigilar la consecución del interés general y el cumplimiento de los objetivos de la organización.
- l) Obedecer las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que



constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, debiendo ponerlas en tal caso inmediatamente en conocimiento de los órganos de inspección correspondientes.

m) Administrar los recursos y bienes públicos con austeridad y no utilizarlos en provecho propio o de personas allegadas, así como velar por su conservación.

n) Garantizar la constancia y permanencia de los documentos para su transmisión y entrega a sus posteriores responsables.

ñ) Guardar secreto sobre las materias clasificadas y las demás de difusión prohibida legalmente y mantener la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, lo que implica no hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público.

o) Mantener actualizada su formación y cualificación.

p) Observar las normas sobre seguridad y salud laboral.

q) Poner en conocimiento de sus superiores o de los órganos competentes las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados. A estos efectos, podrá preverse reglamentariamente la creación de la instancia adecuada competente para centralizar la recepción de las propuestas de los empleados públicos o ciudadanos que sirvan para mejorar la eficacia en el servicio.

r) Informar a los ciudadanos sobre aquellas materias o asuntos que tengan derecho a conocer y facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.

s) Garantizar la atención a los ciudadanos en la lengua oficial de la Comunidad Autónoma de Galicia que soliciten.”

**ANA GONZÁLEZ DE VICENTE**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 33**

**ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD  
PROFESIONAL; ESPECIAL REFERENCIA A LA  
PROVISIÓN DE PUESTOS. SITUACIONES  
ADMINISTRATIVAS. RÉGIMEN DE  
INCOMPATIBILIDADES.**

## **TEMA 33. ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL; ESPECIAL REFERENCIA A LA PROVISIÓN DE PUESTOS. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES.**

### **1. ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL; ESPECIAL REFERENCIA A LA PROVISIÓN DE PUESTOS**

La ordenación de la actividad profesional viene regulada en la **Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, y se divide en tres capítulos.**

1. Capítulo I: Planificación de recursos humanos.
2. Capítulo II: Estructuración del empleo público.
3. Capítulo III: Provisión de puestos de trabajo y movilidad.

#### **1.1. Planificación de recursos humanos**

Tal y como explica ALBERTO PALOMAR OMEDA en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, “La planificación de los recursos humanos es la actividad que realizan las organizaciones públicas para compaginar su reflexión estratégica general con la de medios —en este caso humanos— necesarios para el cumplimiento de los objetivos propuestos.

Con carácter general, podemos indicar que uno de los principales requerimientos para el establecimiento de mecanismos de la planificación es, precisamente, la fijación de objetivos de gestión suficientemente claros y nítidos. La planificación es, pues, la determinación de los objetivos que quiere/debe cumplir una organización y los medios personales que se necesitan para la consecución de los mismos.

La necesidad de la planificación y el compromiso en el cumplimiento de los objetivos no es únicamente producto de una organización más o menos interesada en sus comportamientos, sino también de un modelo constitucional conformado desde el liderazgo del Gobierno en la acción gubernamental, que no se plasma en un instrumento vinculante sino en la acción continua de ejercicio funcional.

Es claro, por tanto, que el señalamiento de objetivos es una exigencia ineludible para la planificación, pero es cierto también que la planificación exige una priorización

entre los objetivos de los distintos órganos, unidades y departamentos.”

El **artículo 69** del **Estatuto básico** dispone que la planificación de los recursos humanos en las administraciones públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.

El artículo 69 continúa señalando que 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 del 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.

Cada Administración pública planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación.

El **artículo 70** del Estatuto básico señala que las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que se deban proveer mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la **oferta de empleo público**, o de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal. Esto conllevará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por ciento adicional, fijando el plazo máximo para su

convocatoria. En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

La oferta de empleo público o instrumento similar, que será aprobada anualmente por los órganos de gobierno de las administraciones públicas, deberá ser publicada en el diario oficial correspondiente.

La oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.

Podemos considerar que el Estatuto asigna a la oferta una doble finalidad: a) Programar a corto plazo cuáles son las necesidades del nuevo personal al servicio de la Administración; b) Informar a los ciudadanos externos a la Administración de las plazas de los distintos cuerpos y escalas que serán objeto de las correspondientes convocatorias de selección. En este sentido es un instrumento formal, a efectos de dar transparencia y publicidad a los procedimientos selectivos a celebrar, en aras a la garantía del principio constitucional de igualdad en el acceso a las funciones públicas.

El capítulo dedicado a la planificación de recursos humanos finaliza con el **artículo 71**, relativo a los **registros de personal y gestión integrada de recursos humanos**. Se establece que cada Administración pública constituirá un registro en el que se inscribirán los datos relativos al personal contemplado en los artículos 2 (ámbito de aplicación) y 5 (personal de la sociedad estatal Correos y Telégrafos) del presente estatuto y que tendrá en cuenta las peculiaridades de determinados colectivos.

## **1.2. Estructuración del empleo publico**

El Estatuto básico del empleado público recoge en el artículo 72 que, en el marco de sus competencias de autoorganización, **las administraciones públicas estructuran sus recursos humanos** con arreglo a las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones y conforme a lo previsto en el capítulo II del título V.

El artículo 73 dispone que los empleados públicos tienen derecho al desempeño de un puesto de trabajo de acuerdo con el **sistema de estructuración del empleo público** que establezcan las leyes de desarrollo del estatuto.

Las administraciones públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen, sin merma en las retribuciones.

Los puestos de trabajo podrán agruparse en función de sus características para ordenar la selección, la formación y la movilidad.

El artículo 74 establece que las administraciones públicas estructurarán su organización a través de **relaciones de puestos de trabajo** u otros instrumentos organizativos similares que abarcarán, por lo menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos.

Con arreglo al artículo 75, los funcionarios se agrupan en **cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas** que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo.

Los cuerpos y escalas de funcionarios se crean, se modifican y se suprimen por ley de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

Cuando en el estatuto se hace referencia a cuerpos y escalas, se entenderá comprendida igualmente cualquier otra agrupación de funcionarios.

El artículo 76 recoge los **grupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera**. Con arreglo a este artículo, los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a ellos, en los siguientes grupos:

a) Grupo A, dividido en dos subgrupos: A1 y A2.

Para el acceso a los cuerpos o escalas de este grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de grado.

b) Grupo B. Para el acceso a este grupo será necesario tener el título de técnico superior.

c) Grupo C, dividido en dos subgrupos: C1 y C2.

La división de los subgrupos responde a la titulación exigida para el ingreso, siendo

necesario en el caso del C1 el título de bachiller o técnico, y en el C2 el de graduado en educación secundaria obligatoria.

Respecto al **personal laboral**, el artículo 77 dispone que se clasificará de conformidad con la legislación laboral.

### **1.3. Provisión de puestos de trabajo y movilidad**

#### **1.3.1. Regulación estatal**

El **Estatuto básico** regula la provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el capítulo III del título V.

El artículo 78 dispone que las administraciones públicas proveerán los puestos de trabajo mediante **procedimientos** basados en los **principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad**.

La provisión de puestos de trabajo en cada Administración pública se realizará por los **procedimientos de concurso y de libre designación** con convocatoria pública.

Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este estatuto podrán establecer **otros procedimientos de provisión** en los supuestos de movilidad a los que se refiere el artículo 81.2, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos.

De este modo, el Estatuto básico recoge como formas de provisión, en todo caso, el concurso y la libre designación, dejando a las leyes de desarrollo del Estatuto la posibilidad de recoger otros procedimientos de provisión.

##### **1.3.1.1. Concurso de traslados**

Se regula el **concurso** (artículo 79) como el procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo. Consiste en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por parte de órganos colegiados de carácter técnico. La composición de estos órganos responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre. Su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad.

Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este estatuto establecerán el plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo.

#### **1.3.1.2. Libre designación**

La **libre designación** con convocatoria pública, según el artículo 80, consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.

Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que, por su especial responsabilidad y confianza, puedan cubrirse por este procedimiento. El órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.

Los titulares de los puestos de trabajo provistos por este procedimiento podrán ser cesados discrecionalmente. En el caso de cese, deberá asignárseles un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración pública y con las garantías inherentes de dicho sistema.

#### **1.3.1.3. Personal laboral**

El artículo 83 establece que la provisión de puestos del **personal laboral** se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto, por el sistema de provisión de puestos del personal funcionario de carrera.

#### **1.3.2. Regulación autonómica**

La **Ley 2/2015 de 29 de abril, del empleo público de Galicia**, regula en el capítulo III de su título IV, entre otras materias, la provisión de puestos de trabajo. El artículo 89 dice que el **concurso** es el procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo por el personal funcionario de carrera. El concurso **puede ser ordinario o específico**. Los concursos para la provisión de puestos de trabajo pueden convocarse para la generalidad de los puestos de trabajo vacantes, para puestos de trabajo de un determinado ámbito o para puestos de trabajo concretos, en atención a las necesidades del servicio.

Para la valoración de los méritos, capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos,



se crearán comisiones de valoración, cuya composición y régimen de funcionamiento se determinarán reglamentariamente, garantizándose la participación de la representación del personal. La composición de estos órganos responderá a los principios de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre hombre y mujer. Su funcionamiento se ajustará a los principios de imparcialidad y objetividad.

Las convocatorias para proveer puestos de trabajo por concurso deben incluir, en todo caso, los siguientes datos y circunstancias:

- a) La identificación de los puestos que se oferten.
- b) Los requisitos necesarios para participar en la convocatoria.
- c) El baremo de méritos.

El **concurso ordinario** (artículo 90) es el procedimiento general de provisión de los puestos de trabajo que no tengan establecida otra forma de provisión en la relación de puestos de trabajo. El personal funcionario de carrera que ocupe con carácter definitivo un puesto de trabajo obtenido por concurso debe permanecer en el mismo un mínimo de dos años para poder participar en los concursos ordinarios regulados en este artículo. En el supuesto del personal funcionario de nuevo ingreso, es requisito necesario para poder participar en estos concursos, en todo caso, una antigüedad mínima de dos años desde el nombramiento como personal funcionario de carrera.

En los concursos ordinarios se tendrán en cuenta únicamente los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes exigidos en la correspondiente convocatoria, entre los que figurarán de manera necesaria los que se determinen reglamentariamente.

El **concurso específico** (artículo 91) se aplicará como sistema de provisión para aquellos puestos de trabajo para los que, por sus peculiaridades, así se determine en la relación de puestos de trabajo. Las jefaturas de servicio o puestos de nivel equivalente se proveerán por este sistema, salvo aquellos que, por sus especiales características, deban proveerse por el sistema de libre designación, con convocatoria pública. Para participar en los concursos específicos regulados en este artículo es requisito necesario una antigüedad mínima de tres años como personal funcionario de carrera. Además, el personal funcionario de carrera que ocupe con carácter definitivo un puesto de trabajo obtenido por concurso, sea

ordinario o específico, debe permanecer en el mismo un mínimo de dos años para poder participar en estos concursos. El concurso específico consiste en la valoración de los méritos y las capacidades, conocimientos o aptitudes determinados en cada convocatoria y relacionados con el puesto de trabajo a proveer. La valoración global de los méritos, generales y específicos, supondrá, como mínimo, el cincuenta y cinco por ciento de la puntuación máxima alcanzable. Para la valoración de las capacidades, conocimientos o aptitudes, la convocatoria puede incluir la realización de pruebas de carácter práctico, memorias, entrevistas o tests profesionales, la valoración de informes de evaluación u otros sistemas similares. Las características técnicas de estos medios de valoración deberán guardar relación directa con el perfil del puesto de trabajo a proveer y garantizar el respeto del principio de objetividad en aquella. Las convocatorias de los concursos específicos podrán establecer una puntuación mínima para la adjudicación de los puestos que, en el caso de que no sea alcanzada por ninguna de las personas candidatas, determinará la declaración del concurso como desierto. Los puestos de trabajo obtenidos por el procedimiento de concurso específico serán objeto de una valoración cada cinco años, en los términos que se establezcan reglamentariamente, a efectos de la determinación de la continuidad o remoción de la persona titular del puesto en los términos previstos por el artículo 94, sin perjuicio del sistema general de evaluación del desempeño aplicable a todos los empleados públicos.

El **sistema de libre designación con convocatoria pública** viene regulado en el artículo 92 de la Ley 2/2015 y establece que solamente pueden proveerse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública entre personal funcionario de carrera las vicesecretarías generales, las subdirecciones generales o equivalentes, las secretarías de altos cargos y, excepcionalmente, aquellos puestos de trabajo de especial responsabilidad o cualificación profesional que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo.

Los puestos clasificados como de libre designación estarán sometidos a disponibilidad horaria en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Las convocatorias para la provisión de puestos por libre designación incluirán los siguientes datos:

- a) La identificación del puesto.
- b) Los requisitos necesarios para participar en la convocatoria.

El órgano competente para la adjudicación de los puestos puede solicitar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.

En los supuestos de provisión por el procedimiento de libre designación de puestos de trabajo abiertos a personal funcionario docente en las relaciones de puestos de trabajo, cualquiera que sea el cuerpo al que pertenezca, o al cuerpo de inspectores al servicio de la Administración educativa, este personal tendrá derecho a reserva del puesto de trabajo docente o de la función inspectora de procedencia siempre que lo haya ocupado con carácter definitivo.

Entre los **procedimientos extraordinarios de provisión de puestos de trabajo por el personal funcionario de carrera** citamos:

- Comisión de servicios voluntaria. Artículo 96. Los puestos de trabajo reservados al personal funcionario de carrera pueden proveerse excepcionalmente y de manera temporal mediante comisión de servicios voluntaria en los siguientes casos:

- a) Cuando los puestos estén vacantes, mientras no se proceda a su provisión definitiva.
- b) Cuando los puestos estén sujetos a reserva legal de la persona titular de los mismos, incluidos los casos en los que el personal funcionario de carrera sea autorizado para realizar una misión por período no superior a seis meses en programas de cooperación internacional.
- c) Cuando los puestos estén ocupados por personal funcionario de carrera que ostente la condición de representante del personal y tenga reconocido un crédito de horas para el desempeño de esa función equivalente a la jornada de trabajo completa.
- d) Cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 100 de la presente ley.

Para el desempeño de un puesto de trabajo en comisión de servicios voluntaria, el personal funcionario debe pertenecer al cuerpo o escala y reunir los demás requisitos que establezca la correspondiente relación de puestos de trabajo.

- a) Adscripción provisional. Artículo 97. El personal funcionario de carrera que cese en un puesto de trabajo sin obtener otro por los procedimientos ordinarios de provisión previstos en este capítulo quedará a disposición del órgano competente en materia de personal de la Administración pública en la que esté destinado, quien procederá a su

adscripción provisional a un puesto de trabajo correspondiente a su cuerpo o escala en la misma localidad del puesto que haya ocupado con carácter definitivo y con efectos del día siguiente a la fecha del cese.

b) Adscripción por motivos de salud o rehabilitación. Artículo 98. Las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley pueden adscribir al personal funcionario de carrera a puestos de trabajo en distinta unidad o localidad, previa solicitud basada en motivos de salud o rehabilitación de su cónyuge o pareja de hecho o de un familiar de primer grado de consanguinidad a su cargo.

c) Permuta de puestos de trabajo. Artículo 99. Pueden autorizarse siempre que cumplan una serie de requisitos.

d) Traslado voluntario a sectores prioritarios de actividad pública con necesidades específicas de efectivos. Artículo 100.

## **1. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS**

### **2.1. Regulación estatal**

El **Estatuto básico** regula en su título VI las situaciones administrativas. En su exposición de motivos indica que el nuevo texto legal simplifica y reordena la regulación actual de las situaciones administrativas, estableciendo un conjunto de reglas comunes para todos los funcionarios de carrera. No obstante, reconoce la posibilidad de que, por ley de las comunidades autónomas, se puedan introducir supuestos distintos conforme a sus necesidades.

En su artículo 85 enumera las siguientes situaciones en las que se pueden encontrar los funcionarios de carrera:

1. Servicio activo (regulada en el artículo 86).
2. Servicios especiales (artículo 87).
3. Servicio en otras administraciones públicas (artículo 88).
4. Excedencia (artículo 89).
5. Suspensión de funciones (artículo 90).

Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este estatuto podrán regular

otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera en los supuestos, en las condiciones y con los efectos que en ellas se determinen, cuando concurra, entre otras, alguna de las circunstancias siguientes:

- a. Cuando, por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo, o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo.
- b. Cuando los funcionarios accedan, bien por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas y no les corresponda quedar en alguna de las situaciones previstas en este estatuto, y cuando pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público en régimen distinto al de funcionario de carrera.

Dicha regulación, según la situación administrativa de que se trate, podrá llevar consigo garantías de índole retributiva o imponer derechos u obligaciones en relación con el reingreso al servicio activo.

Por lo que respecta al reingreso al servicio activo, señala en su artículo 91 que reglamentariamente se regularán los plazos, procedimientos y condiciones, según las situaciones administrativas de origen, para solicitar el reingreso al servicio activo de los funcionarios de carrera, con respeto al derecho a la reserva del puesto de trabajo en los casos en los que proceda según el estatuto.

En relación con el personal laboral, el artículo 92 dispone que se regirá por el Estatuto de los trabajadores y por los convenios colectivos que le sean aplicables. Los convenios colectivos podrán determinar la aplicación de este capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación en lo que resulte compatible con el Estatuto de los trabajadores.

## **2.2. Regulación autonómica**

La **Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia**, regula en el capítulo I de su título VIII las situaciones administrativas. El artículo 164 enumera las siguientes:

- a) Servicio activo.
- b) Servicios especiales.

c) Servicio en otras administraciones públicas.

d) Excedencia voluntaria.

e) Excedencia forzosa.

f) Suspensión de funciones.

2. El personal funcionario de carrera que no se halle en servicio activo puede cambiar de situación administrativa siempre que reúna los requisitos exigidos en cada caso, sin necesidad de reingreso previo al servicio activo.

Las situaciones del personal laboral se rigen por el Estatuto de los trabajadores y por los convenios colectivos que le sean de aplicación.

Están en la situación de **servicio activo** (artículo 166) las personas que presten servicios en su condición de personal funcionario de carrera en cualquiera de las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley, siempre que no les corresponda quedar en otra situación.

El personal funcionario de carrera será declarado en **situación de servicios especiales** cuando esté en alguna de las situaciones enumeradas en el artículo 167; citamos alguna de ellas:

1. Cuando adquiera la condición de personal funcionario al servicio de organizaciones internacionales.
2. Cuando sea autorizado para realizar una misión por período determinado superior a seis meses en organismos internacionales, gobiernos o entidades públicas extranjeras, o en programas de cooperación internacional.
3. Cuando sea designado miembro del Gobierno, del Consello de la Xunta o de los órganos de gobierno de las demás comunidades autónomas o de las ciudades de Ceuta y Melilla, miembro de las instituciones de la Unión Europea o de las organizaciones internacionales, o sea nombrado alto cargo de las citadas administraciones públicas o instituciones.
4. Cuando sea nombrado para desempeñar puestos o cargos en organismos públicos o entidades dependientes o vinculados a las administraciones públicas que, de conformi-

dad con lo que establezca la respectiva Administración pública, estén asimilados en su rango administrativo a altos cargos.

5. Cuando acceda a la condición de diputado o senador de las Cortes Generales, diputado del Parlamento de Galicia o miembro de las asambleas legislativas de las demás comunidades autónomas.

6. Cuando desempeñe cargos electivos retribuidos y con dedicación exclusiva en las asambleas de las ciudades de Ceuta y Melilla y en las entidades locales.

7. Cuando sea designado para formar parte del Consejo General del Poder Judicial o de los consejos de justicia de las comunidades autónomas.

8. [...]

Las personas que cesen en la situación de servicios especiales tienen derecho a reingresar al servicio activo en el mismo puesto de trabajo que hayan ocupado con anterioridad con carácter definitivo, si este se hubiera obtenido mediante concurso (artículo 168). Cuando el puesto de trabajo se hubiera obtenido por el procedimiento de libre designación, el derecho al reingreso se hará efectivo en un puesto de trabajo adecuado a su cuerpo o escala en la misma localidad y en las mismas condiciones y con las retribuciones correspondientes a la progresión alcanzada en la carrera profesional, respetándose en todo caso el grado de progresión que se alcanzó en aquella.

Será declarado en la **situación de servicio en otras administraciones públicas** (artículo 170) el personal funcionario de carrera incluido en el ámbito de aplicación de la presente ley que, en virtud de los procesos de transferencias o por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, obtenga destino en una Administración pública distinta. Se mantendrá en esa situación en el caso de que por disposición legal de la Administración a la que accede se integre como personal propio de esta.

El personal funcionario de carrera en la situación de servicio en otras administraciones públicas se rige por la legislación de la Administración en la que esté destinado de forma efectiva (artículo 171) pero conserva su condición de personal funcionario de la Administración de origen. En esta condición, tiene derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que efectúe la Administración de origen.

El tiempo de servicio prestado en la Administración pública en la que el personal funcionario esté destinado se computa como de servicio activo en su cuerpo o escala de origen.

La **excedencia voluntaria** del personal funcionario de carrera puede adoptar las siguientes modalidades según el artículo 172:

a) **Excedencia por interés particular.** Artículo 173. Puede obtenerla cuando haya prestado servicios efectivos en cualquiera de las administraciones públicas durante un período mínimo de tres años inmediatamente anteriores a la solicitud. Queda subordinada a las necesidades del servicio debidamente motivadas. Las personas que se hallen en situación de excedencia por interés particular no devengarán retribuciones, ni será computable el tiempo que permanezcan en la misma a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de la Seguridad Social que sea de aplicación.

b) **Excedencia por prestación de servicios en el sector público.** Artículo 174. Procede declarar en dicha situación a:

a) El personal funcionario de carrera que acceda, por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas en cualquier Administración pública y no le corresponda quedar en otra situación administrativa.

b) El personal funcionario de carrera que pase a prestar servicios como personal laboral fijo o como personal directivo con contrato laboral de alta dirección en cualquier Administración pública o en organismos, agencias o entidades del sector público.

Las personas que se hallen en la situación de excedencia por prestación de servicios en el sector público no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en la misma a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de la Seguridad Social que sea de aplicación.

c) **Excedencia por agrupación familiar.** Artículo 175. El personal funcionario de carrera tiene derecho a la excedencia por agrupación familiar, sin que sea exigible el requisito de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos ni un plazo de permanencia en la misma, cuando el cónyuge o pareja de hecho resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como personal funcionario de carrera o como personal laboral fijo en cualquiera de las administraciones



públicas, organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de ellas, en los órganos constitucionales o del poder judicial y órganos similares de las comunidades autónomas, así como en la Unión Europea o en organizaciones internacionales.

1. **Excedencia por cuidado de familiares.** Artículo 176. Tiene derecho a un período de excedencia, sin que sea exigible el requisito de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos, de duración no superior a tres años en los siguientes casos:

c) Para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la efectividad de la resolución judicial o administrativa.

d) Para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad cuando, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

El tiempo de permanencia en la situación regulada en este artículo se computa a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de la Seguridad Social que sea de aplicación, reservándose el puesto de trabajo que se ocupe con carácter definitivo.

e) **Excedencia por razón de violencia de género.** Artículo 177. Las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tienen derecho a solicitar la situación de excedencia sin que sea exigible el requisito de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos ni un plazo de permanencia en esta situación.

El personal funcionario de carrera será declarado de oficio en la **situación de excedencia forzosa** (artículo 179) cuando, una vez concluido el período de suspensión firme o de suspensión provisional por condena a penas que no supongan inhabilitación o suspensión de empleo o cargo público pero determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo, solicite el reingreso al servicio activo en los términos y plazos que se establecen en la presente ley y no lo pueda obtener por falta de puesto vacante con dotación presupuestaria.

Por último, el personal funcionario declarado en la situación de suspensión quedará privado, durante el tiempo de permanencia en la misma, del ejercicio de sus funciones. Asimismo, no podrá prestar servicios en ninguna Administración o institución pública ni en los organismos, agencias o entidades de derecho público vinculados o dependientes de ellas durante ese período de tiempo. La suspensión de funciones puede ser provisional o firme. Puede acordarse la suspensión de funciones con carácter provisional del personal funcionario, incluido el personal funcionario interino, con ocasión de la tramitación de un expediente disciplinario.

Cuando en la tramitación de un procedimiento penal se acuerde la prisión provisional u otras medidas que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo, el personal funcionario, incluido el personal funcionario interino, será declarado en la situación de suspensión provisional de funciones por todo el tiempo al que se extendiera la prisión provisional o dichas medidas. Cuando no se acuerde la prisión provisional, podrá ser declarado motivadamente en la situación de suspensión provisional de funciones por el tiempo durante el cual mantenga dicha condición, si así lo justificara la naturaleza de los hechos imputados. Finalizado el procedimiento penal con sentencia firme que imponga penas que no supongan la inhabilitación o suspensión de empleo o cargo público, pero determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo, se declarará la situación de suspensión firme de funciones hasta el total cumplimiento de la condena, con pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses.

### **RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES**

El artículo 103.3.º de la Constitución española señala que la ley regulará el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios públicos. Y el artículo 149.1.º.18) del mismo texto establece que el Estado tiene competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y el régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los ciudadanos un tratamiento común ante ellas.

La norma que regula el sistema de incompatibilidades es la **Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas**, desarrollada a través del **Real decreto 598/1985, de 30**

## **de abril, por el que se aprueba el Reglamento de incompatibilidades.**

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 53/1984, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, excepto en los supuestos previstos.

Además, no se podrá percibir, excepto en los supuestos previstos en esta ley, más de una remuneración con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes, o con cargo a los de los órganos constitucionales, o que resulte de la aplicación de arancel, ni ejercer opción por percepciones correspondientes a puestos incompatibles.

En cualquier caso, el desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta ley será incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, públicos o privados, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia.

### **3.1 Compatibilidad con el desempeño de actividades públicas**

REGLA GENERAL: sólo se permite un puesto de trabajo en el sector público.

Tal como establece el artículo 3 de la Ley 53/1984, el personal comprendido en su ámbito de aplicación sólo podrá desempeñar un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público en los supuestos previstos para las funciones docente y sanitaria en los casos a los que se refieren los artículos 5 y 6, y en los que, por razón de interés público, se determinen por el Consejo de Ministros, mediante real decreto, u órgano de gobierno de la comunidad autónoma, en el ámbito de sus respectivas competencias. En este último caso, la actividad sólo podrá prestarse en régimen laboral, a tiempo parcial y con duración determinada, en las condiciones establecidas por la legislación laboral.

Para el ejercicio de la segunda actividad será indispensable la previa y expresa **autorización de compatibilidad**, que no supondrá modificación de la jornada de trabajo y horario de los dos puestos y que se condiciona a su estricto cumplimiento en ambos. En todo caso, la autorización de compatibilidad se efectuará en razón del interés público.

Será requisito necesario, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 53/1984, para autorizar la compatibilidad de actividades públicas que la cantidad total percibida por ambos puestos o actividades no supere la remuneración prevista para el cargo de director general, ni supere la correspondiente al principal, estimada en régimen de dedicación común, incrementada en:

1. Un 30% para los funcionarios del grupo A o personal de nivel equivalente.
2. Un 35% para los funcionarios del grupo B o personal de nivel equivalente.
3. Un 40% para los funcionarios del grupo C o personal de nivel equivalente.
4. Un 45% para los funcionarios del grupo D o personal de nivel equivalente.
5. Un 50% para los funcionarios del grupo E o personal de nivel equivalente.

La superación de estos límites, en cómputo anual, requiere en cada caso acuerdo expreso del Gobierno, órgano competente de las comunidades autónomas o pleno de las corporaciones locales, con base en razones de especial interés para el servicio.

Los servicios prestados en el segundo puesto o actividad no se computarán a efectos de trienios ni de derechos pasivos, pudiendo suspenderse la cotización a este último efecto. Las pagas extraordinarias, así como las prestaciones de carácter familiar, solo podrán percibirse por uno de los puestos, cualquiera que sea su naturaleza.

Quienes accedan por cualquier título a un nuevo puesto del sector público que, con arreglo a esta ley, resulte incompatible con el que vinieran desempeñando, habrán de optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión (artículo 10). A falta de opción en este plazo se entenderá que optan por el nuevo puesto, pasando a situación de excedencia voluntaria en los que vinieran desempeñando.

Si se tratara de puestos susceptibles de compatibilidad, previa autorización, deberán instarla en los diez primeros días del plazo de toma de posesión, entendiéndose este prorrogado en tanto recae resolución.

### **3.2. Compatibilidad con el desempeño de actividades privadas**

REGLA GENERAL: se permite compatibilizar con actividades privadas.

Según establece el artículo 11 de la Ley 53/1984, el personal comprendido en su ámbito

de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviera destinado.

Se exceptúan de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados.

El Gobierno, por real decreto, podrá determinar, con carácter general, las funciones, puestos o colectivos del sector público incompatibles con determinadas profesiones o actividades privadas que puedan comprometer la imparcialidad o independencia del personal de que se trate, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses generales.

En el artículo 12 se establecen las actividades privadas que no se pueden ejercer:

- a) El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en los que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público. Se incluyen, en especial, las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño de un puesto público.
- b) La pertenencia a consejos de administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el departamento, organismo o entidad en la que preste sus servicios el personal afectado.
- c) El desempeño, por sí mismo o persona interpuesta, de cargos de todo orden en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea su configuración jurídica.
- d) La participación superior al 10% en el capital de empresas o sociedades a las que se refiere el punto anterior.

Las actividades privadas que correspondan a puestos de trabajo que requieran la

presencia efectiva del interesado durante un horario igual o superior a la mitad de la jornada semanal ordinaria de trabajo en las administraciones públicas sólo podrán autorizarse cuando la actividad pública sea una de las enunciadas como de prestación a tiempo parcial.

No podrá reconocerse compatibilidad alguna para actividades privadas a quienes se les hubiere autorizado la compatibilidad para un segundo puesto o actividad públicos, siempre que la suma de jornadas de ambos sea igual o superior a la máxima en las administraciones públicas (artículo 13).

El ejercicio de actividades profesionales, laborales, mercantiles o industriales fuera de las administraciones públicas requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad. Dichos reconocimientos no podrán modificar la jornada de trabajo y el horario del interesado y quedarán automáticamente sin efecto en caso de cambio de puesto en el sector público. Quienes se hallen autorizados para el desempeño de un segundo puesto o actividad públicos deberán instar el reconocimiento de compatibilidad con ambos (artículo 14).

### **3.3. Disposiciones comunes**

El artículo 16.1.º de la Ley 53/1984 (modificado por el punto 2.º de la disposición final tercera del Estatuto básico) señala que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad al personal funcionario, al personal eventual y al personal laboral cuando las retribuciones complementarias que tengan derecho a percibir del artículo 24.b) del Estatuto básico incluyan el factor de incompatibilidad al retribuido por arancel y al personal directivo, incluido el sujeto a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

A estos efectos, la dedicación del profesorado universitario a tiempo completo tiene la consideración de especial dedicación.

Se exceptúan de la prohibición del artículo 16.1.º las autorizaciones de compatibilidad para ejercer como profesor universitario asociado en los términos del artículo 4.1.º, así como para realizar las actividades de investigación o asesoramiento a las que se refiere el artículo 6, excepto para el personal docente universitario a tiempo completo.

Asimismo, por excepción y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la ley, podrá reconocerse compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que

desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30% de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

Todas las resoluciones de compatibilidad para desempeñar un segundo puesto o actividad en el sector público o el ejercicio de actividades privadas se inscribirán en los registros de personal correspondientes (artículo 18).

Quedan exceptuadas del régimen de incompatibilidades las actividades enumeradas en el artículo 19:

1. Las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar.
2. La dirección de seminarios o el dictado de cursos o conferencias en centros oficiales destinados a la formación de funcionarios o profesorado, cuando no tengan carácter permanente o habitual ni supongan más de setenta y cinco horas al año, así como la preparación para el acceso a la función pública en los casos y forma que reglamentariamente se determine.
3. La participación en tribunales calificadores de pruebas selectivas para ingreso en las administraciones públicas.
4. La participación del personal docente en exámenes, pruebas o evaluaciones distintas de las que habitualmente les correspondan, en la forma reglamentariamente establecida.
5. El ejercicio del cargo de presidente, vocal o miembro de juntas rectoras de mutualidades o patronatos de funcionarios, siempre que no sea retribuido.
6. La producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como las publicaciones derivadas de ellas, siempre que no se originen como consecuencia de una relación de empleo o de prestación de servicios.
7. La participación ocasional en coloquios y programas de cualquier medio de comunicación social.
8. La colaboración y la asistencia ocasional a congresos, seminarios, conferencias o cursos de carácter profesional.

El incumplimiento de lo establecido será sancionado conforme al régimen disciplinario de aplicación (artículo 20).

**EDUARDA VARELA CASTRO**

FUNCIONARIA DEL CUERPO SUPERIOR DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA

REVISADO POR **MANUEL FUERTES CARBALLEIRA**

**LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA**

### **BIBLIOGRAFÍA:**

Castillo Blanco, F. A.; Sala Franco, T.; Palomar Olmeda, A; Sánchez Morón, M.: *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nueva, S. A., 2008.



## **TEMA 34**

# **LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. RÉGIMEN GENERAL. RÉGIMEN ESPECIAL DE CLASES PASIVAS. EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO.**

## **TEMA 34. LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. RÉGIMEN GENERAL. RÉGIMEN ESPECIAL DE CLASES PASIVAS. EL MUTUALISMO ADMINISTRATIVO.**

### **INTRODUCCIÓN.**

El sistema de seguridad social en España tiene su germen en el modelo asistencial y universal planteado por Beveridge en la década de los años 40. Esta circunstancia tiene su plasmación en el artículo 41 de la Constitución Española que determina que los poderes públicos mantendrán un sistema público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, que con una mayor precisión regula la Ley General de la Seguridad Social

### **I.-LA SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.**

El sistema español de Seguridad Social está compuesto, por un lado, por el Régimen General, integrado por trabajadores por cuenta ajena de la industria y los servicios y asimilados, que está regulado en el Título II del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RDL 1/1994, de 20 de junio (LGSS), y por otro lado, por Regímenes Especiales, cuya singularidad se encuentra, según MARTÍN VALVERDE, en su regulación propia y en la distinta acción protectora para un sector diferenciado de la población asegurada. En consecuencia, cada Régimen Especial tendrá su normativa propia, legal o reglamentaria, y se referirá a un colectivo concreto con prestaciones uniformes para sus integrantes.

El artículo 9 LGSS dibuja el mapa o la estructura del Sistema, dividiendo a este, como se ha dicho, en varios regímenes distintos: por una parte, el Régimen General y por otro lado Regímenes Especiales. Es el artículo 10 el que se dedica a Regímenes Especiales establecidos para «aquellas actividades profesionales en las que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos» se haga preciso una regulación especial.

El Régimen Especial de Funcionarios no se constituyó como tal sino que, bajo esa denominación, se mantiene esencialmente el sistema tradicional, basado en una

protección mutualista que separa a los funcionarios en razón de la concreta Administración Pública para la que presten servicios en orden a la protección contra las contingencias, comunes o profesionales, que se actualicen durante la pervivencia del vínculo administrativo, y un mecanismo unificado de protección para los que abandonan el servicio activo, denominado Sistema de Clases Pasivas.

El propósito de homogeneización con el Régimen General de estos instrumentos protectores es cada vez más evidente, y reaparece en la D.A. 62.<sup>a</sup> Ley 2/2008, que concede al Gobierno un plazo de seis meses para proponer «las medidas legales necesarias en orden a continuar el proceso de armonización del Régimen de Clases Pasivas del Estado con el Régimen General de la Seguridad Social».

El RDL 13/2010, de 3 de diciembre, dispone la integración obligatoria en el Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios que accedan a dicha condición a partir del 1 de enero de 2011 y que con anterioridad se hubiesen adscrito al Régimen de Clases Pasivas (art. 20). Este Régimen de Clases Pasivas queda, así pues, destinado a su extinción, aunque se mantiene transitoriamente para regular los derechos pasivos causados y los que en el futuro puedan causar los colectivos adscritos al mismo con anterioridad al 31.12.2010.

Formalmente, el Régimen Especial de Funcionarios se divide en cuatro pilares, que, en nomenclatura legal, reciben también la denominación de Regímenes Especiales, al menos los gestionados por vía mutualista:

- Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado.
- Régimen Especial de Funcionarios de la Administración de Justicia.
- Régimen Especial de Funcionarios de las Fuerzas Armadas.
- Régimen de Clases Pasivas.

El Régimen Especial de Funcionarios no alberga a todos los funcionarios públicos sino que muchos de ellos han sido integrados en el Régimen General:

- 1.** Funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a cuerpos o escalas de funcionarios que no estén sujetos al Régimen de Clases Pasivas, y altos cargos de las Administraciones Públicas que no sean funcionarios públicos, así como funcionarios de nuevo ingreso de las CCAA (art. 97.2 LGSS).
- 2.** Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la CCAA de destino —cualquiera que sea el sistema de acceso—, y en virtud de otras disposiciones complementarias (art. 97.2 LGSS).
- 3.** Funcionarios locales desde el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, que encuadró en dicho Régimen al personal integrado en la MUNPAL, tanto clases activas como pasivas.
- 4.** Funcionarios de organismos autónomos, ya desde el 1 de enero de 1967.
- 5.** Funcionarios interinos nombrados con posterioridad al 1 de enero de 1965 (los nombrados con anterioridad han continuado en el Sistema de Clases Pasivas) y funcionarios de empleo (Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre y Orden de 28 de abril de 1967), excepto los que puedan incorporarse a uno de los tres regímenes de funcionarios.
- 6.** El personal estatutario de los servicios de salud, a pesar de contar con un vínculo calificado expresamente como «relación funcional especial» (art. 1 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto Marco de este personal), está incluido en el campo de aplicación del Régimen General [art. 17.1 i) Ley 55/2003].
- 7.** El personal de administración y servicios de las universidades, bien por su condición de trabajadores asalariados, bien por su condición de funcionarios públicos excluidos del Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado [art. 3.2.h) RDL 4/2000].
- 8.** El personal de carácter temporal de la Administración de Justicia mencionado en el RD 960/1990, de 13 de julio.
- 9.** El personal funcionario y no funcionario de organizaciones intergubernamentales al que se permite celebrar un convenio especial.

**10.** El personal contemplado en el art. 2.1 del RD 670/1987 que acceda a la condición de funcionario a partir del 1 de enero de 2011 (RDL 13/2010).

Este Régimen especial está integrado por dos mecanismos de cobertura: a) El que podíamos denominar régimen general denominado de Regimen de Mutualismo Administrativo y b) El régimen especial denominado de Clases Pasivas del Estado.

## **II. RÉGIMEN GENERAL**

Puede entenderse referido al Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado.

### **1.-Campo de aplicación**

Están obligatoriamente comprendidos en este Régimen Especial:

**a)** Los funcionarios de carrera de la Administración Civil del Estado (art. 3 RDL 4/2000).

**b)** Los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a Cuerpos de la Administración Civil del Estado, que deberán afiliarse a la MUFACE con efectos del día de inicio del periodo de prácticas, salvo que ya tuviesen la condición de mutualistas (art. 3 RDL 4/2000); causarán baja si no llegan a alcanzar la condición de funcionarios de carrera (art. 13 RD 375/2004).

**c)** La Disposición Adicional (DA) 1.<sup>a</sup> del RDL 4/2000 contempla una serie de inclusiones específicas referidas a colectivos que prestaban servicios como funcionarios con anterioridad a su incorporación al Régimen General, o que sufrieron la desaparición del ente administrativo para el cual desarrollaban su actividad.

**d)** Los funcionarios procedentes del extinguido Servicio de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales (art. 3.d) del RD 375/2003).

**e)** Los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos del Servicio de Vigilancia Aduanera (art. 56.14 Ley 66/1997, de 30 de diciembre, apartado añadido por el art. 48.2 Ley 50/1998, de 30 de diciembre).

**f)** Los profesores universitarios que alcancen la condición de funcionario público están comprendidos en este Régimen Especial. Los profesores con contrato administrativo o laboral, sean asociados o visitantes, y los funcionarios de empleo interinos deberán proceder al alta en el Régimen General (DA 22.<sup>a</sup> LO 6/2001 y DA 1.<sup>a</sup> RD 1086/1989). Los profesores eméritos, que son trabajadores asalariados, están fuera del Sistema de Seguridad Social (art. 54 y DA 22.a .2 LO 6/2001).

**g)** Los profesores de educación física afectados por el RD 1467/1988. La condición de beneficiario es incompatible de forma absoluta con la pertenencia a título propio al mutualismo administrativo o a otro Régimen del Sistema de la Seguridad Social. También es incompatible con un nuevo reconocimiento o mantenimiento de esa misma condición a título derivado de otro mutualista en el mismo ámbito y con la pertenencia a otro Régimen del Sistema de la Seguridad Social como beneficiario, supuesto en el que se debe optar por la inclusión respeto de un sólo titular del derecho (art. 19 RD 375/2003).

## **2.-Gestión**

Este Régimen Especial, cuyo sistema financiero es el de repartición y cuota revisable (art. 33 RDL 4/2000), está gestionado por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), organismo público con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios y autonomía de gestión dependiente del Ministerio de Administraciones Públicas. Al igual que las entidades gestoras (art. 64 LGSS) tiene reconocida la reserva de nombre, por lo que ninguna otra entidad podrá denominarse igual ni utilizar el acrónimo MUFACE (art. 4 RD 375/2003).

La Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado disfrutará del mismo tratamiento fiscal que la Ley establezca para el Estado, y podrá seleccionar a su personal por las mismas vías que la Administración General del Estado (art. 6 RDL 4/2000).

## **3.-Actos de encuadramiento**

Los funcionarios incluidos en este Régimen Especial deben afiliarse a la MUFACE desde el momento de la toma de posesión o, en su caso, desde el comienzo del periodo de

prácticas (art. 7 RD 375/2003). Causan baja en este Régimen Especial (art. 8 RDL 4/2000):

- a)** Los funcionarios que pasen a la situación de excedencia voluntaria, en cualquiera de sus modalidades, salvo que sea consecuencia del pase a otro cuerpo o escala de la Administración Civil del Estado incluido en el ámbito de aplicación del RD 375/2003.
- b)** Los funcionarios que pierdan tal condición, cualquiera que sea la causa.
- c)** Los funcionarios que pasen a prestar servicios para la Administración de la Unión Europea (UE) o para una organización internacional y transfieran sus derechos de Seguridad Social al instrumento protector establecido en ella. La obligación de alta en la MUFACE resurgirá cuando pasen a una situación administrativa de las mencionadas en el art. 7 del RDL 4/2000 (DA 5.ª RD 375/2003).
- d)** El personal regido por el Estatuto del Personal del Centro Nacional de Inteligencia [(art. 3.1.g) RDL 1/2000]

La misma actividad no puede dar lugar a la inclusión en más de un régimen de la Seguridad Social. Las situaciones asimiladas al alta operan en este Régimen Especial, si bien deben adaptarse a las situaciones concretas (STS 28.10.1993).

#### **4.-Cotización**

La condición de mutualista conlleva la obligación de cotizar en tanto se mantenga la situación de alta. Están exentos de la obligación de cotizar los jubilados y los que soliciten una excedencia para cuidado de hijos o familiares (art. 10 RDL 4/2000).

La base de cotización será la que en cada momento se establezca como haber regulador a efectos de cotización de derechos pasivos, debiendo aminorarse proporcionalmente en supuestos de jornada reducida.

La cuota debe deducirse de los haberes del funcionario. La reducida cotización es consecuencia del modelo de financiación, basado en aportaciones del Estado, cuya cuantía se determinará mediante un porcentaje de los haberes reguladores a efectos de cotización

de derechos pasivos (art. 35 RDL 4/2000).

## **5.-Acción protectora**

Las contingencias protegidas y las prestaciones que se otorgan son las siguientes (arts. 11 y 12 RDL 4/2000):

### **a) Asistencia sanitaria**

La extensión e intensidad con que se concede la prestación médica (atención primaria, incluida la urgente en régimen de ambulatorio y domicilio, atención especializada en el mismo régimen u hospitalario incluido el de urgencias) y farmacéutica (formulas magistrales, especialidades, efectos y accesorios farmaceuticos) en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado coincide prácticamente con la del Régimen General de la Seguridad Social. La propia MUFACE presta la asistencia sanitaria —bien directamente, bien mediante concierto— a los mutualistas, jubilados y beneficiarios de ambos (arts. 15 y ss. RDL 4/2000 y arts. 65 y ss. RD 375/2003). Dentro del mes de enero, los beneficiarios pueden cambiar de entidad, optando por recibir la prestación bien del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), bien de alguna de las entidades con las que se suscribió el concierto y que vienen relacionadas en la resolución.

### **b) Incapacidad temporal**

La D.F. 7.<sup>a</sup> de la Ley 2/2008 alteró substancialmente el régimen jurídico de la IT en el mutualismo administrativo a fin de proceder a su homogeneización con el Régimen General. Consecuencia de ello fue la publicación del RD 2/2010, de 8 de enero (RCL 2010, 103), que modifica el Capítulo VI de la Legislación General de Mutualismo Administrativo, requisitos de la situación de incapacidad temporal, los medios de acreditación del proceso patológico y el procedimiento para la concesión de la licencia por enfermedad y su control. El procedimiento para el reconocimiento, control y seguimiento de esta situación se regula en la O. 1744/2010, de 30 de junio.

La IT se vincula a la duración de las licencias por enfermedad o accidente durante las cuales el funcionario se encuentre imposibilitado para trabajar y recibiendo asistencia sanitaria (STS Cont.-Adm. De 18-09-2001).



Durante la situación de incapacidad temporal el funcionario tiene derecho a una prestación económica, salvo que haya sido suspendido por motivos disciplinarios (STSJ Comunidad Valenciana 7-2-1998). Es necesario acreditar un periodo de carencia de seis meses, salvo que la contingencia esté cubierta por otro Régimen de Seguridad Social, organismo o institución, por la misma relación de servicios (art. 94 RD 375/2003). Los derechos económicos son los siguientes (art. 21 RDL 4/2000):

a) Desde el cuarto mes percibirá las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutuality General de Funcionarios Civiles del Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:

1.<sup>a</sup>: 80 por 100 de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia.

2.<sup>a</sup>: 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia.

En ningún caso la suma resultante de las cantidades a cargo del órgano para el que presta sus funciones el mutualista y la del subsidio podrá exceder del importe de las percepciones que el funcionario tuviera en el tercer mes de licencia.

### **c) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural**

Estas situaciones tienen la misma consideración y efectos que la incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional por lo que no requieren periodo previo de cotización.

Los derechos económicos son los establecidos , con la particularidad de que el importe del subsidio asciende al 100% de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia con cargo a la MUFACE.

### **Incapacidad permanente**

A diferencia del Régimen General, que admite excepciones, la incapacidad

permanente en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado ha de derivarse en todo caso de una previa situación de IT (art. 23 RDL 4/2000).

Los grados de Incapacidad Permanente (IP) coinciden con los del Régimen General. En caso de IP parcial el funcionario tiene derecho a la totalidad de los haberes que correspondan al puesto que desempeñe, pero ha de someterse a los procesos de rehabilitación que la MUFACE considere convenientes (art. 24 RDL 4/2000 y art. 103 RD 375/2003). Si la IP parcial tiene su origen en acto de servicio, el funcionario tiene derecho a una indemnización equivalente a 24 mensualidades de la base de cotización al mutualismo administrativo vigente en el mes de la primera licencia por enfermedad o, en su defecto, en el mes en que se produjo el accidente o se diagnosticó la enfermedad que dio lugar a las reducciones anatómicas o funcionales. A estos efectos se deben prorratear las bases de cotización correspondientes a las pagas extraordinarias de junio y diciembre. No se prevé indemnización por IP parcial derivada de contingencias comunes.

La incapacidad permanente total y la incapacidad permanente absoluta darán lugar a la jubilación del funcionario, en los términos del Régimen de Clases Pasivas (art. 25 RDL 4/2000).

En caso de que exista posibilidad razonable de recuperación, el funcionario incapacitado tendrá asimismo derecho a recibir prestaciones recuperadoras a cargo de la MUFACE (art. 25 RDL 4/2000).

La gran invalidez originará la jubilación del funcionario y dará derecho a un complemento mensual equivalente al 50 por 100 de la pensión de jubilación que le corresponda con arreglo al Régimen de Clases Pasivas, destinado a remunerar a la persona encargada de su asistencia (art. 26 RDL 4/2000). En caso de que no se cumplan los requisitos para acceder al Sistema de Clases Pasivas, la declaración de gran invalidez requiere un periodo de carencia de nueve años (art. 106.2 RD 375/2003).

Es posible la revisión por mejoría (art. 27 RDL 4/2000).

Las lesiones permanentes no invalidantes (lesiones, mutilaciones y deformaciones de carácter definitivo causadas por enfermedad profesional o acto de servicio o como

consecuencia de él, sea por accidente o riesgo específico del trabajo) se protegen en los mismos términos que el Régimen General (art. 28 RDL 4/2000 y art. 110 RD 375/2003). No se requiere incapacidad temporal previa para el reconocimiento de lesiones permanentes no invalidantes (art. 114 RD 375/2004). Darán derecho a la percepción por una sola vez de las cantidades que reglamentariamente se establezcan

### **Protección a la familia**

El Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado concede prestaciones económicas familiares, tanto de pago periódico como de pago único, por hijo a cargo, por parto o adopción múltiple en los mismos términos que el Régimen General (art. 29 RDL 4/2000, en relación con los arts. 182 y ss. LGSS (arts. 119 y ss. RD 375/2003).

El art. 29 RDL 4/2000 no menciona la prestación por maternidad, en la que el funcionario tiene derecho a plenitud de derechos económicos, pero sí el subsidio especial por parto múltiple, que asciende al 100 por 100 de la base de cotización que corresponda al día del hecho causante, aplicada al periodo de seis semanas de descanso obligatorio y calculada en función del número de hijos habidos en el mismo parto o de adoptados o acogidos simultáneamente, a partir del segundo (art. 122 RD 375/2003).

### **Servicios Sociales.**

La acción protectora de este régimen podrá incluir servicios sociales del Sistema General de Seguridad social, siempre que las contingencias que atiendan no estén cubiertas por otras prestaciones (art. 30 RDL 4/2000).

### **Asistencia Social.**

MUFACE dispensará los auxilios y servicios económicos que en atención a estados y situaciones de necesidad consideren precisos.

Las ayudas asistenciales comprenderán entre otras: a) Las que se dispensen por tratamiento o intervenciones especiales, en caso de carácter excepcional y por determinación de facultativo b) las determinadas por inexistencia, pérdida o insuficiencia de prestaciones en supuestos concretos; c) las debidas a gastos de carácter urgente en

casos de importancia extraordinaria debidamente justificados y d) Cualesquiera otras análogas cuya percepción no haya sido regulada. (arts 30 y 31 RDL 4/2000)

### **III.- RÉGIMEN ESPECIAL DE CLASES PASIVAS**

Tras la integración obligatoria de los funcionarios públicos y de los demás colectivos que se relacionan en el art. 2.1 del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas —a excepción de lo contemplado en la letra i)— en el Régimen General de la Seguridad Social, el Régimen de Clases Pasivas queda configurado como un mecanismo público de protección transitoria para los previamente incorporados, destinado a extinguirse con el paso de los años (art. 20 RDL 13/2010, de 3 de diciembre y DT 4.ª RDL 13/2010).

Su cobertura alcanza en un principio a los funcionarios públicos no integrados en el Régimen General de la Seguridad Social que se encuentren incluidos a fecha 31 de diciembre de 2010 en alguno de los Regímenes Especiales de la Función Pública, aunque su ámbito subjetivo es algo mayor.

#### **1. Campo de aplicación**

Están incluidos en el Régimen de Clases Pasivas (art. 2 RDL 670/1987):

- a) Los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Administración de Justicia, de las Cortes Generales, de cualesquiera órganos constitucionales o estatales que así se prevea; el personal militar de carrera y el de las Escalas de Complemento y Reserva Naval, y el de tropa y marinería profesional que tuvieran adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.
  - Los funcionarios interinos nombrados con anterioridad al 1 de enero de 1965.
  - Los funcionarios transferidos a las CCAA que no deban incorporarse al Régimen General.
  - Los funcionarios en prácticas pendientes de incorporación definitiva a los distintos Cuerpos, Escalas y Plazas, así como los alumnos de Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción a Caballero Alférez-Cadete, Alférez alumno,

Sargento- alumno o Guardamarina.

- Los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación; los ex Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado; los ex Presidentes del Tribunal Supremo y, a partir del 1 de enero de 1987, del Consejo General del Poder Judicial; los ex Presidentes del Tribunal Constitucional y los ex Defensores del Pueblo y Fiscales Generales del Estado.
- El personal que cumpla el servicio militar en cualquiera de sus formas; los Caballeros Cadetes, Alumnos y Aspirantes de las Escuelas y Academias Militares (RD1234/1990, de 11 de octubre) y el personal civil que desempeñe una prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio (RD 848/1993, de 4 de junio).
- El personal militar de empleo y el de las Escalas de Complemento y Reserva Naval, y el de tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.

Las pensiones que perciben están sujetas a los mismos límites que las del resto de funcionarios, sobre todo en lo referente a la cuantía.

## **2. Gestión**

El Régimen de Clases Pasivas del Estado se gestiona de forma unitaria por la Administración del Estado, en concreto por el Ministerio de Economía y Hacienda, sin perjuicio de los deberes que contraen las CCAA respecto al personal transferido (art. 4 RDL 670/1987). Los órganos competentes para el reconocimiento, concesión y prestaciones se detallan en los arts. 11 y ss. RDL 670/1987.

## **3. Cotización**

Los incluidos en el campo de aplicación del Régimen de Clases Pasivas deben abonar una cuota de derechos pasivos. La base de cotización asciende al haber regulador fijado en la Ley de Presupuestos correspondiente.

El tipo de cotización es del 3,86 por 100 con carácter general, aunque se reduce al 1,93 por 100 para el personal militar profesional que no sea de carrera y para el personal militar de las Escalas de Complemento o Reserva Naval que no complete —en ambos casos— quince años de servicios efectivos al Estado (art. 23.1 RDL 670/1987). Cuando este último personal complete ese periodo de carencia o se incorpore a dichos colectivos procedentes de Escalas Profesionales se aplicará el tipo general.

La cuantía anual así calculada se divide entre catorce. El resultado será la cuota mensual, que debe abonarse duplicada en junio y diciembre (art. 23.2 RDL 670/1987). La recaudación se efectúa mediante la deducción correspondiente en la nómina o, si no fuera posible, el propio funcionario deberá ingresar directamente esas cuotas (art. 23.3 RDL 670/1987).

#### **4. Acción protectora**

El Régimen de Clases Pasivas concede pensiones de jubilación o retiro y de muerte y supervivencia. Esas pensiones son inembargables irrenunciables, inalienables e imprescriptibles (sin perjuicio de la caducidad de los efectos económicos por el no ejercicio del derecho en un plazo cuatro años), y no pueden ser objeto de cesiones, convenios o contratos de cualquier clase, originándose, transmitiéndose y extinguiéndose únicamente por las causas previstas en la Ley (arts. 6 y 7 RDL 670/1987).

##### **A) Pensión de jubilación o retiro**

En el Régimen de Clases Pasivas la pensión de jubilación o retiro puede ser común o extraordinaria. La diferencia estriba en el hecho causante, pues son pensiones extraordinarias las que derivan de un accidente o enfermedad en acto de servicio o como consecuencia del mismo (art. 47 RDL 670/1987).

##### **I. Pensión de jubilación ordinaria**

La jubilación o retiro en el Régimen de Clases Pasivas se produce por causas diversas (art. 28.2 RDL 670/1987):

Carácter forzoso por cumplimiento de la edad legal correspondiente, fijada en 65 años con carácter general, aunque es posible prolongar la situación de activo hasta los 70 años en determinados casos, o hasta la edad que fije la regulación específica del cuerpo o escala correspondiente. Si en el momento de alcanzar dicha edad el funcionario tuviera más de doce años de servicios efectivos, pero menos de quince, podrá solicitar prórroga y se le concederá, si está apto, para continuar prestando servicios hasta completar el periodo de carencia.

Carácter voluntario a instancia de parte, siempre que se hayan cumplido los sesenta años y se acrediten treinta de servicios efectivos al Estado, o bien cuando una disposición legal lo permita.

A partir del 1 de enero de 2011, se exige que los últimos 5 años computables estén cubiertos en este Régimen si para acreditar los 30 años se compatibilizaron periodos causados en otros regímenes.

Por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. No son de aplicación al Sistema de Clases Pasivas las modalidades de jubilación parcial y jubilación flexible reguladas en los RD 1131/2002 y 1132/2002. Tampoco se aplica el régimen jurídico de la jubilación anticipada contenido en el art. 161.bis LGSS y en el RD 1132/2002 (DA Primera RD 1132/2002).

El periodo de carencia para generar la pensión es de 15 años de servicios efectivos al Estado (art. 29 RDL 670/1987). Se entienden como servicios efectivos al Estado (art. 32 RDL 670/1987):

- 1.** Los prestados en situación de servicio activo en algún Cuerpo, Escala, plaza, empleo o categoría.
- 2.** Los prestados en situación de servicios especiales y en las extinguidas de excedencia especial o supernumerario, así como en situación de excedencia forzosa y en las situaciones militares que resulten legalmente asimilables a todas estas.

- 3.** Los reconocidos conforme a la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, siempre que no se hayan computado en otro Régimen de Seguridad Social o entidad sustitutoria, incluida la MUNPAL.
- 4.** Los reconocidos al amparo de la legislación de indulto y amnistía por delitos o faltas cometidas por causa de la Guerra Civil.
- 5.** Los años a cotizar a cualquier régimen público de Seguridad Social o entidad sustitutoria, incluida la MUNPAL, si la prestación laboral que haya dado origen a los mismos no fue simultánea a la de servicios al Estado. Las pensiones que eventualmente se generaran en otro régimen por dichos periodos serían incompatibles con la pensión de jubilación en Clases Pasivas.
- 6.** Con un máximo de tres, los cotizados en prácticas o como alumno de las Academias y Escuelas Militares a partir de su promoción a Caballero Alférez Cadete, Alférez-Alumno, Sargento-Alumno o Guardamarina.
- 7.** Los reconocidos por servicios o cotizaciones en otro país cuando así resulte de una norma internacional.

En caso de jubilación por incapacidad permanente, se computan como servicios efectivos los años que falten al incapacitado para alcanzar la edad de jubilación o retiro forzoso (art. 32.4 RDL 670/1987).

El haber regulador —equivalente a la base reguladora— se fija anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, por lo que no guarda una estricta coincidencia con la retribución del funcionario (art. 30 RDL 670/1987).

La pensión mensual se obtiene dividiendo por catorce la pensión anual (art. 31.5 RDL 670/1987).

Como regla general, la pensión de jubilación es incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público y, a partir del 1 de enero de 2009, con el ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena que dé lugar a la inclusión del titular en cualquier régimen público de la Seguridad Social. No obstante en los supuestos de en



que la jubilación o retiro sea de carácter forzoso por cumplir la edad legalmente señalada, será compatible con el ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena que de lugar a la inclusión de su titular en cualquier régimen de la Seguridad Social, en los términos regulados en el art 33.2 del RDL 680/1987), es decir: a) la edad de acceso a la pensión de jubilación o retiro debe ser, al menos, la establecida como edad de jubilación forzosa para el correspondiente colectivo de funcionarios públicos b) el porcentaje aplicable a efectos de determinar la cuantía de la pensión debe ser del cien por cien. Las pensiones de jubilación o retiro son plenamente compatibles con las indemnizaciones que puedan generarse por tal causa, lo que provocaría la suspensión de la percepción de la pensión por meses completos hasta el cese de la actividad (art. 33 RDL 670/1987).

## **II. Pensión de jubilación extraordinaria**

La pensión de jubilación extraordinaria no requiere periodo alguno de carencia (art. 48.1 RDL 670/1987).

Se aplican las reglas generales de la pensión de jubilación ordinaria por incapacidad permanente, por lo que se toman en consideración los años que resten para el cumplimiento de la edad de jubilación forzosa. Como especialidad, el haber regulador o los haberes reguladores que correspondan se tomarán al 200 por 100 (art. 49.1 RDL 670/1987). En el caso de pensiones extraordinarias por actos de terrorismo, la cuantía de la pensión es del 200 por 100 del haber regulador (art. 49.3 RDL 670/1987), siempre que el funcionario afectado no sea responsable del acto terrorista (art. 1 RD 851/1992).

A tenor del art. 49.4 RDL 670/1987, las pensiones extraordinarias son incompatibles con indemnizaciones, ayudas o subsidios con cargo al presupuesto de Clases Pasivas. Las pensiones extraordinarias también son incompatibles con las ordinarias derivadas del mismo hecho causante. Las pensiones originadas en acto de terrorismo son incompatibles con las extraordinarias que por los mismos hechos pudieren corresponder (art.50.1 RDL 670/1987).

La cuantía de las pensiones extraordinarias —también de las ordinarias—, incluso las del personal de los Cuerpos de Mutilados de Guerra por la Patria, están sujetas a los límites máximos impuestos por la Ley de Presupuestos, salvo las derivadas de actos de

terrorismo (art. 5 RD 1610/2005). La cuantía mínima de las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo no podrá ser inferior a la del doble del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento

## **B) Prestaciones por muerte y supervivencia**

### **a) Pensión de viudedad**

- Pensión ordinaria

El hecho causante es la muerte o declaración de fallecimiento por contingencias comunes de un sujeto comprendido en el campo de aplicación, pero no la declaración de ausencia (art. 34 RDL 670/1987).

La pensión se genera sin necesidad de acreditar un periodo de carencia previo (art. 35 RDL 670/1987).

Tienen derecho a la pensión de viudedad todos los que sean cónyuges legítimos en proporción al tiempo vivido con el causante (art. 38 RDL 670/1987). También tendrán derecho a pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de fallecimiento formando una pareja de hecho y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50% de los propios y del causante habidos en el mismo periodo. Dicho porcentaje será del 25% en caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. Se considerará pareja de hecho la constituida , con análoga relación de afectividad a la conyugal por quienes no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años.

La base reguladora de la pensión de viudedad es la cuantía de la pensión de jubilación o retiro, real o teórica, del fallecido. Si el fallecido estuviera percibiendo efectivamente esa pensión, ordinaria o extraordinaria, la base reguladora de la pensión de viudedad tendrá en cuenta tal pensión debidamente actualizada. Cuando el fallecido aún no se hubiese jubilado o retirado, se calcula la pensión de jubilación o retiro teórica que le

hubiera correspondido, conforme a las reglas generales del art. 31 RDL 670/1987, asumiendo que permanecería en el mismo cuerpo, escala, plaza, empleo o categoría desde el momento de su fallecimiento hasta el de jubilación o retiro.

La cuantía de la pensión de jubilación se calculará aplicando un 50 por 100 a la base reguladora, salvo que el fallecido estuviera percibiendo una pensión extraordinaria de jubilación, en cuyo caso el porcentaje que se aplica es del 25 por 100 (art. 39.3 RDL 670/1987).

El derecho a pensión se extingue por contraer nuevo matrimonio o constituya una nueva pareja de hecho, sin perjuicio de las excepciones reglamentariamente establecidas (art. 38.5 RDL 670/1987), salvo para los que hayan contraído matrimonio a partir del 1 de enero de 2002 y estén en situación de debilidad económica en los términos del art. 1 RD 134/2002, de 1 de febrero; por aparecer el causante (art. 34.3 RDL 670/1987); por fallecimiento del beneficiario (art. 47.3 RDL 670/1987).

- Pensión extraordinaria

El hecho causante es la muerte o declaración de fallecimiento del causante en acto de servicio o como consecuencia de este (art. 47.3 RDL 670/1987).

Respeto a la cuantía, se debe calcular la pensión de jubilación teórica que hubiera correspondido al fallecido, computando los años completos que faltaran para llegar a la edad de jubilación, en la ficción de que se prestaron servicios efectivos en el cuerpo, escala, plaza, empleo o categoría a que estuviese adscrito al fallecer. Como base reguladora se toma el 200 por 100 de esa cantidad. El tipo será del 50 por 100 (art. 49.2 RDL 670/1987).

En las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo la cuantía asciende al 200 por 100 de la pensión de jubilación o retiro que ordinariamente hubiera correspondido al causante, sin sujeción a los límites de la pensión máxima de la Ley de Presupuestos (art. 50.2 RDL 670/1987). De todos modos, en caso de concurrencia con prestaciones de orfandad, la pensión de viudedad se limita al 50 por 100 de esa cantidad, repartiéndose la otra mitad entre los hijos por partes iguales. El pensionista de viudedad tiene derecho de

acrecimiento y le corresponde el 100 por 100 de la pensión cuando se extinga el derecho a pensión de orfandad de todos los beneficiarios de la misma (art. 49.3 RDL 670/1987).

La pensión de viudedad, al igual que cualquiera otra pensión extraordinaria del Régimen de Clases Pasivas, es incompatible con cualquier ayuda, subsidio o indemnización con cargo al presupuesto de Clases Pasivas (art. 49.4 RDL 670/1987). También es incompatible la pensión extraordinaria con una pensión ordinaria por el mismo hecho causante (art. 50.1 RDL 670/1987); y las generadas por actos de terrorismo son incompatibles con las extraordinarias que pudieren corresponder.

#### **b) Pensión de orfandad**

- **Pensión ordinaria**

El hecho causante coincide con el de la pensión de viudedad, y tampoco se exige periodo de carencia. Tienen derecho a esta prestación los hijos del causante menores de veintiún años o incapacitados para todo trabajo antes del cumplimiento de dicha edad o de la fecha del fallecimiento del causante, que es el momento en el que se causa la pensión. El límite de edad de los menores no discapacitados se sitúa en los 22 años para los huérfanos simples y en 24 para los huérfanos absolutos o los que sufran una discapacidad igual o superior al 33 por 100, cuando no realicen trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando, realizándolo, obtengan unos ingresos inferiores al SMI en cómputo anual. En tanto se perciban ingresos superiores al límite quedará en suspenso, por meses completos, el derecho a la pensión de orfandad, pudiendo revisar de oficio la

Administración a situación económica del beneficiario (art. 43.2, en relación con el 33.5 y 5 RDL 670/1987). El huérfano mayor de veintiún años que quede incapacitado para todo trabajo antes de cumplir los veintidós o veinticuatro años de edad, según corresponda, tendrá derecho a la pensión de orfandad con carácter vitalicio (art. 41.1 y 2 RDL 670/1987).

La base reguladora es la misma que para la pensión de viudedad. La cuantía se calcula aplicando los siguientes porcentajes (art. 42.2 y 3 RDL 670/1987):

-Si hay un único beneficiario de la pensión de orfandad y la pensión de jubilación o retiro se calificó como ordinaria, el 25 por 100.

-Si la pensión de orfandad deriva de una pensión de jubilación o retiro extraordinaria, el tipo aplicable, cuando solo hay un beneficiario de la pensión de orfandad, es del 12,5 por 100.

-En caso de que existan varios hijos con derecho a la pensión de orfandad, y la base reguladora se calcule sobre una pensión de jubilación o retiro ordinaria, el 10 por 100, incrementado con la suma que corresponda tras el prorrateo por cabeza de un 15 por 100 de la base reguladora.

-Si hay varios beneficiarios de la pensión de orfandad y la base reguladora se calculó sobre una pensión de jubilación extraordinaria, el porcentaje es del 5 por 100 y el incremento se sitúa en la parte que corresponda tras el prorrateo por cabeza de un 7,5 por 100 de la base reguladora.

Al igual que en el Régimen General, la suma de las pensiones de viudedad y orfandad no puede superar el 100 por 100 de la base reguladora de una pensión ordinaria de jubilación.

La percepción de la pensión de orfandad será incompatible con el desempeño de un puesto de trabajo en el sector público (art. 43.1 Real Decreto Legislativo 670/1987).

- Pensión extraordinaria

El hecho causante es la muerte o declaración de fallecimiento del causante en acto de servicio o como consecuencia de este (art. 47.3 RDL 670/1987).

Los requisitos para ser beneficiario son los mismos que en las pensiones ordinarias, salvo en las originadas por actos de terrorismo, en las que el límite de edad para los huérfanos simples no incapacitados para todo trabajo se sitúa en 23 años (art. 48.3 RDL 670/1987).

La cuantía de la prestación se calcula de igual forma que en las pensiones extraordinarias de viudedad, por lo que ascenderá al 200 por 100 de la pensión de jubilación teórica que hubiera correspondido al fallecido. Si hay un único beneficiario, tendrá derecho al 25 por 100 de esa cantidad. Si hubiera varios, tienen derecho a un 10 por 100, y a la prorrata del 15 por 100 de esa cantidad (art. 49.2 RDL 670/1987).

En caso de pensiones extraordinarias por actos de terrorismo, la cuantía de las pensiones de muerte y supervivencia asciende al 200 por 100 de la pensión de jubilación o retiro que ordinariamente hubiera correspondido al causante, sin sujeción a los límites de pensión máxima de la Ley de Presupuestos (art. 50.2 RDL 670/1987). Si no hay pensionistas de viudedad, y solo un huérfano con derecho a pensión, le corresponderá en su totalidad. Cuando los beneficiarios de pensiones de orfandad concurren con un pensionista de viudedad, este —o estos si hubiera pluralidad de beneficiarios— tienen derecho al 50 por 100 de esa cantidad, dividiéndose por partes iguales la otra mitad entre los beneficiarios de la pensión de orfandad.

Las incompatibilidades son comunes a las de la pensión extraordinaria de viudedad (arts. 49.4 y 50 RDL 670/1987).

### **c) Pensiones a favor de los padres**

- Pensión ordinaria

Tienen derecho a esta pensión el padre y la madre del causante que dependan económicamente de este en el momento de su fallecimiento cuando no exista cónyuge con derecho a pensión de viudedad ni hijos con derecho a pensión de orfandad, o bien cuando todos los beneficiarios de una u otra pensión pierdan el derecho a ella (art. 44.1 RDL 670/1987).

Al igual que en las pensiones de viudedad y orfandad, la base reguladora está constituida por la pensión de jubilación o retiro del fallecido. El porcentaje aplicable a la base reguladora es del 15 por 100 si se calcula sobre una pensión de jubilación o retiro ordinaria, y del 7,5 si la pensión de jubilación o retiro del fallecido tenía carácter extraordinario (art. 45.1 y 2 RDL 670/1987). No se genera derecho de acrecimiento.

- Pensión extraordinaria

Se siguen las mismas reglas que en las pensiones extraordinarias de viudedad y orfandad. En las pensiones originadas por actos de terrorismo, cuando los padres cumplan los requisitos para ser beneficiarios—la dependencia económica no requiere una dependencia absoluta del hijo (STS 28.2.1994)—, la cuantía se dividirá a partes iguales entre los dos. Si la pensión de uno de los beneficiarios se extingue, el otro tiene derecho de acrecimiento (art. 49.3 RDL 670/1987).

#### **IV.- EI MUTUALISMO ADMINISTRATIVO**

Aparte de lo ya expuesto en los epígrafes anteriores en los que se trataba de parte de lo que se entiende por mutualismo administrativo, quedan por exponer otros dos Regímenes Especiales de base mutualista.

#### **A.-RÉGIMEN ESPECIAL DE FUNCIONARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

La norma básica es el RDL 3/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes sobre el Régimen Especial de la Seguridad Social del personal al servicio de la Administración de Justicia. Mientras no se apruebe una norma específica de desarrollo, debe entenderse vigente el Real Decreto 3283/1978, de 3 de noviembre.

##### **1.-Campo de aplicación**

Queda comprendido en el campo de aplicación del mutualismo judicial el personal al servicio de la Administración de Justicia en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): (magistrados, jueces y fiscales de carrera, secretarios judiciales [art. 42.2 RD 429/1998, de de abril]), oficiales, auxiliares, agentes y médicos forenses, así como los funcionarios en prácticas al servicio de la Administración de Justicia (art. 2 RDL 3/2000).

##### **2.-Gestión**

Este Régimen Especial está gestionado por la Mutualidad General Judicial (MUGEJU), que es un organismo público, adscrito al Ministerio de Justicia, con

personalidad jurídica pública diferenciada y patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión. Su régimen jurídico se contiene en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La MUGEJU disfrutará del mismo tratamiento fiscal que el Estado y en el RD 1206/2006, de 20 de octubre, se regula la composición y funciones de sus órganos de gobierno, administración y representación.

### **3.-Actos de encuadramiento**

Se prevé la incorporación obligatoria a la MUGEJU de los funcionarios incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial que se encuentren en situación de servicio activo o en prácticas, excedencia forzosa, excedencia para el cuidado de hijos, servicios especiales o suspensión de funciones (art. 9.1 RDL 3/2000). La afiliación puede producirse de oficio o a instancia de parte (arts. 29 y ss. RD 3283/1978).

Los jubilados se mantienen en el campo de aplicación de este Régimen Especial, salvo que se produzca renuncia expresa (art. 9.2 RDL 3/2000).

Pueden mantener el alta voluntaria en la MUGEJU tras la pérdida de la condición de funcionario o en situación de excedencia voluntaria quienes así lo soliciten y satisfagan a su cargo tanto las cuotas como la aportación del Estado (art. 9.3 RDL 3/2000).

### **4.-Cotización**

La cotización sigue las mismas pautas que en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado. La base de cotización será la que en cada momento se establezca como haber regulador a efectos de cotización de derechos pasivos. El tipo para 2011 es del 1,69 por 100 y la cuantía de la aportación del Estado ascenderá al 4,65 por 100 de los haberes reguladores a efectos de cotización de derechos pasivos. De este último tipo, el 4,64 corresponde a la aportación del Estado por activo y el 0,01 a la aportación por pensionista exento de cotización (art. 133 Ley 39/2010).

La recaudación se efectúa mediante la oportuna retención en el momento del pago. Los mutualistas en situación de supernumerario, excedencia voluntaria, uso de licencia sin derecho a sueldo, pensionistas y jubilados deben ingresar las cuotas directamente dentro



del mes siguiente al devengo (arts. 44 y 45 RD 3283/1978).

## **5.- Acción protectora**

Este Régimen Especial concede las siguientes prestaciones (arts. 11 y 12 RDL 3/2000):

### **a) Asistencia sanitaria**

Esta prestación se prestará «con la extensión y alcance determinado o que se determine en el Régimen General de la Seguridad Social» (art. 16 RDL 3/2000). La MUGEJU puede prestar asistencia sanitaria directamente o mediante concierto (art. 17 RDL 3/2000). Los conciertos suelen renovarse anualmente; el actual se publicó por Resolución de 12 de enero de 2010. Tienen derecho a esta prestación los mutualistas, jubilados y beneficiarios ante una alteración de su salud, así como el cónyuge superviviente y huérfanos de mutualistas activos o jubilados, siempre que no

tengan derecho por sí mismos a esa prestación en otro Régimen del Sistema (art. 15 RDL 3/2000).

### **b) Incapacidad temporal**

El Régimen jurídico de esta prestación es muy similar al de la incapacidad temporal de funcionarios civiles del Estado. Se regula, con carácter general, en los arts. 18, 19 y 20 del RDL 2/2000.

En el Régimen Especial de Funcionarios de la Administración de Justicia se encontrará en situación de incapacidad temporal el funcionario en activo que obtenga la correspondiente licencia por enfermedad o accidente que impida el normal desempeño de sus funciones. La duración de la primera y sucesivas licencias será la del tiempo previsible para la curación y con el máximo de un mes cada una de ellas (art. 19 RDL 3/2000).

El plazo para considerar si se produjo recaída o, por el contrario, debe comenzar una nueva situación de IT es de un año (art. 19.2 RDL 3/2000). La duración y extinción de la situación de incapacidad temporal serán las mismas que las del Régimen General de la Seguridad Social (art.

20.4 RDL 3/2000). Si la enfermedad o accidente provocan secuelas definitivas se iniciará el procedimiento de jubilación por incapacidad permanente para el servicio (art. 19.3 RDL 3/2000). El derecho al subsidio se extingue por transcurso del plazo máximo de veintisiete meses desde el inicio de la IT.

Respecto a los derechos económicos, y a diferencia del resto de regímenes de funcionarios, en el Régimen Especial de Funcionarios de la Administración de Justicia se conserva la plenitud de derechos económicos durante los primeros seis meses del periodo de IT [(art. 20.1.A) RDL 3/2000].

A partir del séptimo mes, el funcionario tiene derecho a percibir las retribuciones básicas y, en su caso, la prestación por hijo a cargo y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la MUGEJU, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes, (art. 20 RDL 3/2000):

- 1.ª: 80 por 100 de las retribuciones básicas (sueldo y trienios) incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al primer mes de licencia.
- 2.ª: 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el primer mes de licencia.

La suma de las cantidades no podrá exceder del importe de las percepciones que el funcionario tuviere en el primer mes de licencia.

### **c) Riesgo durante el embarazo**

Tendrá la misma consideración y efectos que la IT, en tanto que no se perciban haberes. Por el contrario, no se asimilan a IT los permisos o licencias por parto, adopción y acogimiento (arts. 20.3 y 20.4 RDL 3/2000). Respecto al riesgo durante la lactancia natural resulta de aplicación supletoria el RD 295/2009 de 6 de marzo.

### **d) Incapacidad permanente**

El art. 11 RDL 3/2000 establece que este Régimen Especial protegerá como contingencia la IP derivada de enfermedad, cualquiera que fuera su causa, de accidente común o en acto de servicio, o como consecuencia de él.

Entre las prestaciones, el art. 12, apartado c) de esa misma norma menciona las prestaciones recuperadoras en caso de incapacidad total, absoluta y gran invalidez, y económicas para la retribución del personal encargado de la asistencia del gran inválido, mientras que el apartado d) alude a las indemnizaciones por lesión, mutilación o deformidad, de carácter definitivo no invalidante, originada por enfermedad profesional o en acto de servicio o como consecuencia de él.

No se produjo aún el desarrollo reglamentario, por lo que en este punto sigue vigente el RD 3283/1978. La MUGEJU debe abonar una prestación complementaria por IP al funcionario jubilado por incapacidad, que asciende a la cuantía necesaria para alcanzar el 100 por 100 de las retribuciones básicas que de continuar en activo le corresponderían. En el caso de la gran invalidez se añade una cantidad mensual equivalente al 40 por 100 de las retribuciones básicas ordinarias percibidas en el último mes en activo.

#### **e) Protección a la familia.**

El Régimen jurídico de las prestaciones de protección a la familia (hijo a cargo, subsidio especial por parto múltiple y prestaciones económicas por parto múltiple y nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas monoparentales y en los casos de madres discapacitadas) se remite explícitamente al Régimen General.

### **B.- RÉGIMEN ESPECIAL DE FUNCIONARIOS DE LAS FUERZAS ARMADAS**

La normativa básica de este Régimen Especial se contiene en el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, y en su norma de desarrollo, el RD 1726/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba la Legislación General de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas.

#### **1.- Campo de aplicación**

Quedan obligatoriamente incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas, cualquiera que sea su situación administrativa —incluido retiro o jubilación—, salvo en el caso de suspensión de empleo y suspensión firme y en los casos de

excedencia voluntaria en que el tiempo de permanencia no sea computable a efectos de derechos pasivos (art. 3 RDL 1/2000):

- a)** Los militares de carrera de las Fuerzas Armadas.
- b)** Los militares de complemento, mientras mantengan su relación de servicios con las Fuerzas Armadas.
- c)** Los militares profesionales de tropa y marinería, mientras mantengan su relación de servicios con las Fuerzas Armadas.
- d)** Los alumnos de la enseñanza militar de formación.
- e)** Los militares de carrera de la Guardia Civil y los alumnos de los centros docentes de formación de dicho Cuerpo.
- f)** Los funcionarios civiles de Cuerpos adscritos al Ministerio de Defensa que no ejerzan la opción de incorporarse al Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado (Leyes 4/1990 y 39/1992 y RDL 4/2000), así como, en su caso, los funcionarios en prácticas para el ingreso en dichos Cuerpos.
- g)** El personal regido por el Estatuto de Personal del Centro Superior de Información de la Defensa.

## **2.- Gestión**

La entidad gestora de este Régimen Especial es el Instituto Nacional de las Fuerzas Armadas (ISFAS), organismo público adscrito al Ministerio de Defensa con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión, en los mismos términos que la MUFACE y la MUGEJU (arts. 4 y 5 RDL 1/2000 y arts. 7 y ss. RD 2330/1978).

## **3.- Actos de encuadramiento**

La afiliación y el alta resultan obligatorias para todos los incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial (art. 6 RDL 1/2000), salvo para los retirados o jubilados que, por estar incorporados a otro Régimen de Seguridad Social, renuncien

expresamente a este Régimen

Especial (art. 33.3 RD 2330/1978). La incorporación a este Régimen Especial puede producirse de oficio o a instancia de parte, y es posible mantener facultativamente el alta en ciertos casos si el interesado asume el pago de la cuota y de la aportación del Estado (arts. 34 y 35 RD 2330/1978).

#### **4.- Cotización**

El deber de cotizar surge para todos los comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial. No obstante, están exentos los que se encuentren disfrutando de una excedencia por cuidado de hijos o familiares; y los alumnos de la enseñanza militar de formación mientras no perciban retribuciones correspondientes a uno de los grupos de clasificación (art. 7.1 RDL 1/2000). Tampoco tienen deber de cotizar los jubilados (art. 7.5 RDL 1/2000).

Como base de cotización se toma el haber regulador en materia de derechos pasivos, salvo para los alumnos que perciban retribuciones referidas a un grupo de clasificación, cuya base de cotización se fijará en atención al haber regulador que corresponda a su grupo de clasificación (art. 7.2 RDL 1/2000).

Las cuotas se deducirán de las nóminas; si ello no fuera posible, el ingreso debe efectuarse directamente por el interesado. Las cuotas de los retirados, jubilados y pensionistas, que tienen obligación de cotizar en este Régimen Especial, se deducirán de las nóminas de sus haberes pasivos (art. 39 RD 2330/1978).

#### **5.- Acción protectora**

Este Régimen Especial concede las siguientes prestaciones (arts. 8 y 9 RDL 1/2000):

##### **a) Asistencia sanitaria**

La extensión y contenido de la asistencia sanitaria en este Régimen Especial coincide con la del Régimen General y resultan frecuentes las remisiones expresas a este. El ISFAS suscribió Concierto con el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, con fecha 30 de diciembre de 1986, en Régimen de

prórrogas anuales sucesivas, para que los afiliados y demás beneficiarios del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Fuerzas Armadas puedan optar por recibir la prestación de asistencia sanitaria por los servicios de la Sanidad Militar, o bien a través de la Red Sanitaria de la Seguridad Social, con arreglo a las condiciones vigentes para el Régimen General. También pueden optar por adscribirse a una Entidad de Seguro con la que el ISFAS suscriba un Concierto con dicha finalidad.

### **b) Incapacidad temporal**

La protección por esta contingencia se limita a los funcionarios civiles comprendidos en este Régimen Especial (art. 9.b) RDL 1/2000). Los militares tienen reconocidos plenos derechos económicos durante esta situación.

El concepto de incapacidad temporal y el régimen jurídico de su duración y extinción coinciden con los previstos para el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado y para el Régimen Especial de Funcionarios de la Administración de Justicia (arts. 17 y ss. RDL 1/2000). Sin embargo, los funcionarios civiles incluidos en el mutualismo militar pueden permanecer en situación de IT treinta meses.

La cuantía del subsidio se determina de igual forma que en el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado, por lo que durante los tres primeros meses el funcionario tiene derecho a la plenitud de derechos económicos; posteriormente, tendrá derecho a las retribuciones básicas, a prestación por hijo a cargo, en su caso, y a un subsidio por incapacidad temporal a cargo del ISFAS, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes:

1.<sup>a</sup>: 80 por 100 de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al primer mes de licencia.

2.<sup>a</sup>: 75 por 100 de las retribuciones complementarias devengadas en el primer mes de licencia.

### **c) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.**

Tiene la misma consideración y efectos que la incapacidad temporal (art. 22 RDL 4/2000). No se asimilan a IT los permisos o licencias por parto, adopción y acogimiento (art. 17.2 RDL 1/2000).

### **d) Incapacidad Permanente**

En caso de incapacidad permanente, este Régimen Especial concede una específica prestación económica por «inutilidad para el servicio», además de prestaciones recuperadoras y un complemento a la pensión en caso de gran invalidez.

La prestación económica por inutilidad para el servicio, que tiene naturaleza de pensión pública (art. 23.4 RDL 1/2000), constituye una pensión complementaria para el personal militar profesional y de la Guardia Civil y para los funcionarios civiles incluidos en este Régimen Especial que sufran una contingencia que les imposibilite de forma absoluta y permanente para todo trabajo, oficio o profesión (art. 22.1 RDL 1/2000).

Solamente podrán causar esta pensión los que se encuentren en situación de servicio activo o servicios especiales, así como en la situación de reserva, mientras se respete el destino asignado por el Ministerio de Defensa o del Interior, según proceda, de acuerdo con las previsiones de la legislación reguladora del Régimen del personal de las Fuerzas Armadas o del Régimen del personal del Cuerpo de la Guardia Civil (art. 22.6 RDL 1/2000).

Los que se jubilen por lesiones que no alcancen entidad suficiente para dar lugar a la inutilidad en el servicio o a la gran invalidez podrán revisar el grado de incapacidad en el plazo de tres años contados a partir de la fecha de la declaración de retiro o jubilación, siempre que no alcancen la edad para el retiro o jubilación forzosa (art. 22.4 del RDL 1/2000).

Respecto a la cuantía de la pensión de inutilidad para el servicio, que no se revaloriza salvo previsión legal expresa (art. 23.3 RDL 1/2000), asciende al 100 por 100 del haber regulador anual que sirva de base para el cálculo de la pensión de jubilación o retiro en el Régimen de Clases Pasivas, aun cuando esta se haya determinado por el 200

por 100 de dicho haber regulador por tener su causa en acto de servicio. La cuantía mínima de la pensión, que se abona por meses vencidos y en doce mensualidades, será el 7 por 100 del haber regulador al 100 por 100, sin que pueda superar el límite fijado anualmente para las pensiones públicas (art. 23.1 RDL 1/2000). La suma de la pensión de jubilación y del complemento por inutilidad para el servicio no puede superar la cuantía de la pensión máxima (art. 23.5 RDL 1/2000).

Por lo que se refiere a la gran invalidez, es necesario causar previamente la pensión de inutilidad para el servicio, y además necesitar la asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida diaria, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 22.2 RDL 1/2000). El complemento por gran invalidez, que no tiene la condición de pensión pública (art. 23.4 RDL 1/2000), asciende al 50 por 100 de la pensión de retiro o jubilación de Clases Pasivas, con el límite del 50 por 100 de la pensión máxima que estaba fijada en el momento del reconocimiento de la pensión de jubilación.

#### **e) Protección a la familia**

Con remisión expresa al Régimen General, este Régimen Especial prevé prestaciones por hijo a cargo y el subsidio especial de maternidad por parto múltiple durante las seis semanas de descanso obligatorio posteriores al parto (art. 24 RDL 1/2000).

#### **BIBLIOGRAFÍA**

- PARADA, Ramón: *Derecho del Empleo Público*. Ed. Marcial Pons.
- MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE SOCIAL. 2010. Ed. Francis Lefebvre.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago: *Sistema Administrativo*. Vol. II . Ed. La ley.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia: *Derecho del trabajo*. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Edición revisada.
- RODRIGUEZ CARDO, Iván Antonio: *La Seguridad Social de los empleados, cargos y*



*servidores públicos*. Colección Monografías Aranzadi.

-CORRAL VILLALBA, Juan: *Régimen económico del personal de las Administraciones Públicas*. 2006. Ed. Thompson-Cívitas.

-SUÁREZ CORUJO, Borja: *La protección social en el Estado de las autonomías*. 2006. Ed. Iustel.

**FERNANDO FRANCIA SOMALO**

TEMA REVISADO POR **ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO**

LETRADO HABILITADO DE LA XUNTA DE GALICIA.

## **TEMA 35**

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN  
PÚBLICA. DELITOS COMETIDOS POR LOS  
FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LAS  
LIBERTADES CONSTITUCIONALES.**

## **TEMA 35. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. DELITOS COMETIDOS POR LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS CONTRA LAS LIBERTADES CONSTITUCIONALES.**

### **1 Los principios penales.**

El estudio de los preceptos penales presupone comprender los principios que rigen este sector del ordenamiento.

Los principios del derecho penal proceden de la doctrina emanada desde la Ilustración europea en la búsqueda de los límites y las garantías del ciudadano frente a unas normas que pueden implicar la pérdida de la libertad. Su formulación se ha adaptado a los distintos sistemas políticos en

que el derecho punitivo ha encontrado su aplicación y en la actualidad se encuentran constitucionalizados a través de derechos susceptibles de protección mediante recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En resumen, estos principios son los siguientes:

#### **1.1 El principio de legalidad penal.**

Resulta necesaria una previa definición legal de una conducta como ilícita para poder hacer posible la actuación del sistema sancionador y debe afectar también a la configuración de la pena, las condiciones de su cumplimiento y los medios procedimentales a través de los cuales la pena es impuesta y cumplida. Puestas así las cosas, el artículo artículo 25.1 de la Constitución prescribe

que nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

##### **1.1.1 Garantía legal.**

Así, y remarcando la letra constitucional, el artículo 10 del Código Penal define delitos y faltas como las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley, haciéndose precisa una norma con rango legal como requisito insoslayable para alcanzar una condena. Conforme al artículo 149.1. 6ª de la Constitución, la ley debe estar producida por el estado, quedando excluidas las comunidades autónomas como competentes para su aprobación.

### **1.1.2 Garantía penal.**

La previa definición legal de la pena a imponer, de suerte que, siguiendo la dicción del artículo 2.1 del Código Penal no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. El Tribunal Constitucional (Ss. 160/1986, 140/1987) ha concluido que la ley debe ser orgánica si se conmina una pena privativa de libertad.

### **1.1.3 Garantía de ejecución penal.**

La ejecución de la pena debe producirse conforme a la ley. Así, el artículo 3.2 del Código Penal, indica que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y Reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto.

### **1.1.4 Garantía procesal.**

Supone que la imposición de una condena por delito debe producirse por la jurisdicción ordinaria a través del procedimiento legalmente establecido, en cumplimiento de los artículos 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor no se impondrá pena alguna por consecuencia actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del Código Penal o las leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente; y 3.1 del Código Penal que prescribe que no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme.

### **1.1.5 Irretroactividad de las leyes penales y restrictivas de derechos.**

El principio consagrado por el artículo 9.3 de la Constitución es la irretroactividad de las normas sancionadoras y tiene su reflejo en el artículo 2 del Código Penal que establece que no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración, careciendo de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad. En su número segundo, el precepto añade que, no obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. Para el caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a

ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

### **1.2 El principio de intervención mínima en derecho penal.**

El principio de intervención mínima consiste en la determinación del límite al que deben atenerse las leyes penales en cuanto a los conceptos que castiga. Conforme la dicción de este principio, la ley penal únicamente podrá castigar los supuestos que se consideren más perjudiciales para la sociedad de suerte que produzca una injerencia lo más reducida posible y en la medida de su gravedad. Su fundamento se ha buscado en la propia Carta Magna, en concreto en sus artículos 1, 15, 17 y 55.2, pero su más concreta incidencia se encuentra en el artículo 10.2 de la Constitución en

relación con el artículo 18 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de 1950. Puestas así las cosas, el principio incide en dos conceptos: la conminación penal y la proporción de las penas conminadas (Ss. TC 161/1997, 136/1999, 99/2000, 24/2004). Por lo que se refiere a la conminación, las Cortes Generales deberán considerar el principio que se expone en el ejercicio de su función legislativa excluyendo de la ley penal aquellas conductas que objetivamente no son graves. Por lo que respecta a la incidencia en la

pena, la propia Constitución establece dos clases de límites para la facultad de penar. Una primera clase consiste en límites extrínsecos basados en la colisión con otros derechos fundamentales (arts. 15 y 25 CE).. La otra clase de límites son los intrínsecos: las Cortes Generales son libres para determinar la pena conminada para cada conducta típica, siempre que las penas sean proporcionadas.

### **1.3 El principio de culpabilidad.**

Puede definirse como el reproche personal que se efectúa en la ley por la realización de una conducta sancionada por la ley penal. La positivización del principio viene establecida en el artículo 10 del Código Penal al decir que son delitos o faltas las acciones dolosas o imprudentes penadas por la ley. Como complemento, el artículo 5 añade que no hay pena sin dolo ni culpa. Lo mismo que los principios anteriores, el principio de culpabilidad tiene un alcance constitucional integrado en el artículo 25 de la Constitución (S. TC 59/2008). El fundamento del principio es la capacidad de autodeterminación del sujeto activo del delito, de suerte que si el sujeto será irresponsable criminalmente de sus

actos si sus capacidades de entender el mundo exterior y determinar sus actos se encuentran anuladas (20.1 a 3 del Código Penal).

#### **1.4 Non bis in idem.**

Las penas previstas en este Título son compatibles con las sanciones disciplinarias que la Administración pueda imponer, sin que ello suponga quebranto del principio non bis in idem.

### **2 La autoría en los delitos cometidos por funcionarios públicos.**

De acuerdo con el artículo 24 CP:

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

Por lo tanto, se entiende por funcionario a las personas que participen de las funciones públicas sea cual sea el régimen administrativo o laboral de vinculación con la administración.

Tanto pueden llevar a cabo la acción delictiva los titulares de un órgano unipersonal, como también los miembros de un órgano colegiado. En este sentido, el art 27.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común establece que cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que en su caso, pueda derivarse de los acuerdos. Por último, se admite la participación como «extraneus» del partícipe en concepto de inductor, cooperador necesario o cómplice.

Por último, cuando el autor es un particular, como acaece en distintos supuestos, y lo hace por cuenta o en beneficio de una persona jurídica, responderá ésta en unión con la

persona física en aplicación del artículo 31 bis CP.

Además de la pena de prisión, el CP castiga estas figuras con las penas establecidas en los arts. 41 y 42:

- La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.

- La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

- La suspensión de empleo o cargo público priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena.

### **3 Delitos contra la Administración pública**

El Código penal de 1995 individualizó a la Administración Pública como objeto de protección de las normas penales, sancionando conductas que lesionan de la formas grave sus principios organizativos o la eficacia de su actuación. No nos proporciona el Código penal una definición o concepto de Administración Pública, pero debemos entender que se está refiriendo a la Administración General del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas, la Administración Local y las Entidades de Derecho Público con personalidad propia. Con la tipificación de estos delitos se pretende respaldar el correcto funcionamiento de su infraestructura organizativa, sancionando las conductas de las autoridades, funcionarios y particulares que vician su eficacia o el cumplimiento de los fines que tiene asignados.

El Código Penal dedica a esta materia el Título XIX del Libro II del Código Penal y se clasifican en especiales propios e impropios, en atención a que se trate de conductas necesariamente realizadas por funcionarios públicos, o de otras, en que tal condición se tiene en cuenta para tipificar conductas que en sí serían delictivas y en las que, sin esta

previsión expresa, se castigaría un delito común.

El bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en los arts. 103 y 106 de la Constitución.

Los delitos cometidos por funcionarios son esencialmente dolosos y se castigan, en relación con las autoridades y funcionarios públicos, con las penas de inhabilitación especial para las funciones públicas y en algunos supuestos con la cumulativa de multa.

#### **4 El delito de prevaricación**

De acuerdo con el artículo 404 CP, se castiga:

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público . Para el Tribunal Supremo prevaricar es obrar de manera arbitraria en un contexto público de actuación preceptivamente delimitado

Además de este supuesto, el mismo CP establece formas específicas de prevaricación en los supuestos de actuaciones urbanísticas (320), derribo de edificios singularmente protegidos (322)) y los delitos medioambientales (329).

La resolución adoptada ha de referirse a un acto administrativo, concepto que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral. Así, con independencia de cuál sea la forma que revista la resolución, lo esencial es que posea en sí misma un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la Administración. No pueden integrar infracción los actos administrativos que no tengan contenido decisorio, como los de mero trámite, los informes, consultas o dictámenes

##### **4.1 Antijuridicidad.**

En cualquiera de los casos, debe tratarse de un acto materialmente antijurídico, aspecto que se desprende de la redacción *a sabiendas de su injusticia, **revela la exigencia de que la conducta se realice concurriendo en el sujeto activo el***



***reconocimiento y la captación de la falta absoluta de justificación legal del contenido de la resolución dictada*** . El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone «la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho, lo que supone un grave apartamiento del derecho. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. Integra la prevaricación cuando «queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata», o «cuando la resolución vulnera abiertamente la Constitución». La incompatibilidad radical con el ordenamiento, hoy anclada en el derecho positivo (art. 9.3 de la Constitución) significa, como, señaló la doctrina, que “ estamos ante una resolución caprichosa, irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada». El legislador exige, que en el autor del hecho concorra un específico ánimo subjetivo, dictando la resolución a sabiendas de su injusticia, con clara conciencia de su arbitrariedad e injusticia de la resolución administrativa.

#### **4.2 Comisión por omisión.**

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997 ha admitido la comisión por omisión del delito de prevaricación. La jurisprudencia ha partido de la consideración de la prevaricación del artículo 404 como delito de mera actividad para castigar al sujeto que con su omisión manifiesta un resultado típico a través de un equivalente a la acción.

#### **4.3 Otros comportamientos injustos.**

Son las figuras castigadas en los artículos 405 y 406:

##### **Artículo 405.**

A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, e le castigará con las penas de multa y suspensión de empleo o cargo público. En este denominado delito de nombramiento ilegal se reprocha la conducta del funcionario o autoridad que, en ejercicio de sus competencias, propone, nombra o da

posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a una persona, sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello y a sabiendas de su ilegalidad..

#### **Artículo 406.**

La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles. Este delito de aceptación de propuesta, nombramiento o toma de posesión ilegales se regula para reprochar a quien sabiendo que carece de los requisitos legales exigidos, cumplimenta los trámites formales que le permitan acceder a la función pública

#### **5 Abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos.**

El Capítulo II castiga a la autoridad o funcionario público con penas de prisión e inhabilitación las siguientes conductas:

- El abandono de su destino con el propósito de no impedir o no perseguir delitos. La conducta básica consiste en abandonar el funcionario o autoridad, el puesto o cargo público que ocupa, lo cual puede hacerse mediante una acción específica, marchándose del lugar del ejercicio de la función encomendada o por omisión propia, no incorporándose a la jornada laboral que le corresponda.
- El abandono que tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a los delitos impuestas por la autoridad judicial competente.
- Dejar intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, faltando a la obligación de su cargo. Es un delito de pura omisión que reprocha el incumplimiento de una específica función pública: la persecución de los delitos y sus responsables. Es solo aplicable a los funcionarios o autoridades que tienen específicamente encomendado el cumplimiento de esta función.
- Promover, dirigir u organizar el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público. La infracción tipificada en este párrafo es más grave que la contenida en el segundo, porque en este se sanciona la responsabilidad originaria y última de los actos de promoción, dirección u organización de una actuación,

funcionarial organizada y colectiva de abandono del servicio público.

- Tomar parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad. La conducta aquí es menos relevante, porque consiste en tomar parte en el abandono de un servicio público esencial, no por tanto en cualquiera de las actuaciones descritas en el párrafo anterior.

En ambos casos se requiere como resultado de la conducta que se produzca un grave perjuicio al servicio público esencial o de la comunidad.

Mencionar que determinadas formas de abandono se sancionan cuando haya peligro de cómo rebelión o sedición, (483 y 549 CP).

## **6 Desobediencia y denegación de auxilio**

El artículo 410 CP castiga a las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales.

La expresión “abiertamente” se identifica con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente e inequívoca, pudiendo existir en los casos de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde. Por su parte, las resoluciones judiciales, comprenden las providencias, autos y sentencias; el concepto de orden, consecuencia de una decisión, se precisa que sea legítima y en el ámbito de sus competencias. No se anuda al delito la realización de un acto concreto sino que basta la omisión o pasividad propia de quien se niega a ejecutar una orden legítima dictada del marco de la competencia de su autor.

De acuerdo con el propio precepto, no obstante, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

El artículo 411 contiene una forma agravada dirigida a la autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el

apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que

aquéllos hubieren desaprobado la suspensión. Por tanto si el funcionario o autoridad, reiterando su intención, procede de nuevo a desobedecer aquella orden o decisión inicial, se aplica este tipo agravado

## **7 Denegación de auxilio.**

Esta figura, castigada en el artículo 412, se tipifica de forma dual, en función del distinto origen de la solicitud de auxilio.

### **7.1 Ante requerimiento de una autoridad.**

Se castiga al funcionario público, autoridad jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público. En este sentido se diferencia la penalidad en función al carácter de autoridad o de funcionario del sujeto activo del delito, agravándose las penas cuando el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad. Precisar que para el caso de que el requerimiento proceda de un superior jerárquico del requerido, se aplicaría el delito de desobediencia mencionado con anterioridad.

### **7.2 Ante requerimiento de un particular.**

Se castiga a la autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito, se abstuviera de prestarlo. En este supuesto y a efectos de penas el Código penal distingue entre: a) delitos contra la vida de las personas; b) delitos contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas y c) cualquier otro delito o mal

## **8 Infidelidad en la custodia de documentos.**

El legislador ha podido entender que este delito y el de violación de secretos constituyen dos modalidades de una conducta genérica de deslealtad de las autoridades y funcionarios públicos, respecto del objeto de su función, de carácter material en el caso de la infidelidad en la custodia de documento e intelectual en el de violación de secretos

Conforme al artículo 26 CP se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica. El delito de infidelidad en la custodia de documentos se refiere a los supuestos siguientes:

### **8.1 Desaparición de documentos.**

El artículo 413 castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo. Por lo tanto, el sujeto activo es necesario que tenga la «custodia funcional» del documento, no aplicándose, por ejemplo, al policía que presta servicio de noche para la custodia y seguridad. Por ocultar se entiende guardar, no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento, impidiendo que surta los fines a que corresponde. Para que la conducta integre el delito consumado las cuatro acciones descritas en el tipo deben provocar la desaparición de uno o varios documentos, en su integridad o de forma parcial, de un concreto expediente administrativo sujeto a la custodia del responsable, de ahí que nos encontremos ante una infracción de resultado.

### **8.2 Acceso a documentos.**

Los arts 414 CP y 415 CP castigan:

- A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización.
- Al particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior.
- A la autoridad o funcionario público no comprendido en el supuesto anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo.

La conducta típica puede ser activa, destruyendo o inutilizando y pasiva consintiendo o no activando la alarma, debe tener por objeto medios dirigidos a proteger documentos que

aquel deba custodiar por razón de su cargo y que hayan sido objeto de una declaración expresa y formal de reserva por parte de otra autoridad

Los supuestos anteriores se castigan como consumados aunque el particular no hubiera el apoderamiento o destrucción o inutilización de los documentos.

El artículo 416 establece un supuesto atenuado para los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos.

## **9 Violación de secretos.**

El artículo 417 castiga a la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, agravándose la pena:

- Si de la revelación resultara grave daño para la causa pública o para tercero.
- Si se tratara de secretos de un particular.

Por secreto se entiende aquel dato conocido por muy pocas personas y que, celosamente, se quiere mantener así, sin que necesariamente deba estar declarado como tal, existiendo intención de mantenerlo en ese régimen de exclusividad respecto de su conocimiento por terceros que no podrían averiguarlo fácilmente por otras vías.

Por su parte, el art. 418 CP castiga al particular que aprovechare para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, agravándose la pena si resultara grave daño para la causa pública o para tercero.

En este caso, el objeto alcanza, asimismo, una información privilegiada, que, conforme el art. 442 entiende por tal toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada. A diferencia del secreto, la información privilegiada se refiere a hechos o circunstancias que sí van a ser publicados, notificados o divulgados en un futuro, aunque todavía no lo sean en el momento en el que se abusa de la misma por ejemplo, el contenido de un examen en el marco de un proceso selectivo.

## **10 Cohecho**

El cohecho o soborno es la acción de corromper a las autoridades y funcionarios públicos mediante el pago de un precio, sea para procurar una acción por su parte, para lograr su abstención en un acto debido o en recompensa por un acto ya ejecutado. Nuestro ordenamiento jurídico castiga tanto al particular que soborna (cohecho activo), como a la autoridad o funcionario público que lo recibe (cohecho pasivo). Una y otra figura se analizan por separado. Precisa por tanto de dos elementos personales: a) Un funcionario o autoridad que solicita o acepta el cohecho y b) Un particular que recibe la petición y paga o no lo solicitado o bien propone el cohecho.

### **10.1 Pasivo.**(desde la percepción del funcionario o autoridad)

#### **- Propio.**

De acuerdo con los artículos 419 a 422 se castiga a la autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa, diferenciándose a efectos punitivos: o Si es para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.

o Si se dirige a realizar un acto propio de su cargo.

o Si se dirige a recompensar las conductas anteriores.

#### **- Impropio.**

Conforme al art. 422, se castiga a autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función.

### **10.2 Activo.**

Comprende las siguientes conductas:

- Conforme al art. 424.1, se castiga al particular que ofreciere o entregare dádiva o

retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que éste realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función.

- De acuerdo con el número 2 del mismo precepto, cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.
- Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social.

Para el particular, el artículo 426 establece una excusa absolutoria al establecer que queda exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

### **10.3 Aspectos comunes.**

Es necesario indicar que el Código Penal incluye a estos efectos entre funcionarios públicos, a los funcionarios de la Unión Europea y a los funcionarios de otros Estados miembros de la Unión Europea, a los que es de aplicación el artículo 427 CP. Asimismo, incorpora un artículo 445 en el que se castiga a los particulares que corrompieren o intentaren corromper a funcionarios con motivo de transacciones internacionales en un precepto que, más que proteger la integridad de quienes ejercen sus funciones públicas, protege la igualdad de concurrencia entre los competidores en los mercados



internacionales. En ambos supuestos delictivos se castiga no sólo a la persona física sino también a la persona jurídica en los términos establecidos en el art. 31 bis CP.

Como norma general, debe señalarse que el delito se consuma en relación con la autoridad o funcionario público con el hecho de aceptar o solicitar la dádiva o promesa y en relación con el particular con el mero ofrecimiento, con independencia de si el acto pretendido o realizado por parte de la autoridad o funcionario hayan tenido o no efecto.

Por otro lado, el medio corruptor puede ser de cualquier clase, de modo que no queda limitado a modos de pago o dinero. Respecto del acto u omisión, es preciso que forme parte de las competencias legales o reglamentarias inherentes a la función pública, aunque no integre las específicas competencias de actuación del funcionario o autoridad afectado por el delito.

## **11 Tráfico de influencias**

### **El legislador ha querido reprochar la utilización de la Administración para la satisfacción de intereses particulares de los funcionarios o autoridades y no para el servicio del interés general**

Bajo este epígrafe, el CP engloba las siguientes conductas:

Artículo 428. El funcionario público o autoridad que influye en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. Es el denominado Tráfico de influencias propio

Artículo 429. El particular que influye en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. Denominado tráfico de influencias impropio

Artículo 430. Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitan de terceros dádivas, presentes o cualquier otra

remuneración, o aceptan ofrecimiento o promesa. Denominado ofrecimiento de influencias.

En estas tres modalidades se reprochan las conductas de funcionarios, autoridades y particulares que se dirigen a conseguir de una autoridad o funcionario una resolución que reporte, directa o indirectamente, un beneficio económico para quien realiza el delito o para un tercero. Son delitos de peligro porque no se exige para su consumación que se obtenga el beneficio perseguido en cada caso y ello sin perjuicio de que la obtención final de ese beneficio económico provoque un incremento de la pena a imponer.

En los distintos supuestos, las penas se agravan para el funcionario cuando obtiene la recompensa interesada. Por otro lado, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis CP una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las penas correspondientes. Por último, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso.

Para que la conducta sea típica no basta la mera influencia sino que es preciso que se haga mediante un prevalimiento de la relación con el funcionario. Por influir se entiende el acto de ejercer un predominio o fuerza moral en el ánimo.

## **12 Malversación**

Es el acto de distraer o apropiarse indebidamente de caudales o efectos públicos que les han sido confiados en razón de un cargo. Se requiere que los caudales o efectos públicos estén legítimamente a cargo del sujeto activo o a su disposición, es decir que las autoridades o funcionarios de los que se trate hayan recibido, por razón de su cargo, fondos o efectos y que con ánimo de lucro se hayan apropiado de ellos o permitido que un tercero los sustraiga y siempre con la voluntad de no restituirlos. Puede distinguirse del modo que sigue:

### **12.1 Apoderamiento.**

El art. 432 castiga a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones.

Por sustraer se entiende apropiación sin voluntad de reintegro. Por ánimo de lucro, la intención de incorporar un objeto a su patrimonio.

Sobre esta premisa se establecen agravaciones y atenuaciones:

- Esta pena se agrava se la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público o cuando las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.
- Por el contrario, se atenúa la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros.

### **12.2 Distracción.**

El art. 433 castiga a la autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones. Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas previstas para el apoderamiento de las mismas indicadas con anterioridad. A diferencia del supuesto precedente, en el ahora analizado el sujeto no tiene la voluntad de hacerse dueño de los caudales o efectos.

### **12.3 Malversación impropia.**

Por último, el art. 435 castiga a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas.

### **12.4 Aspectos comunes.**

Por caudales o efectos públicos se entiende no sólo el dinero sino también aquellos otros bienes muebles que tengan un valor económico y que pertenezcan a la Administración pública, esto es, que hayan sido recibidas por la Administración con independencia de su ingreso en el arca correspondiente. Por lo que se refiere a la relación entre los caudales y el funcionario, es suficiente a los efectos penales que hayan llegado a su poder con ocasión de la concreta función realizada.

Las disposiciones de este Capítulo son extensivas:

1. A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.
2. A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.
3. A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

### **13 Fraudes y exacciones ilegales**

El Código penal también reprocha los fraudes y exacciones ilegales, que son, en realidad defraudaciones económicas cometidos con la Administración o con los administrados por autoridades y funcionarios que abusan de sus cargos

El Capítulo VIII del Título XIX contiene un conjunto de figuras de difícil conexión entre sí. Gestión desleal. Artículo 436. La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualesquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público.(defraudación a una Administración en la contratación pública o en las liquidaciones de efectos o haberes propios)

Se trata de un delito de peligro respecto de los bienes públicos con fundamento en el quebranto de los deberes de lealtad propio de quienes actúan vinculados con la Administración. Nos encontramos ante un delito de actividad que no exige un efectivo quebranto de los bienes administrativos, consumándose con el acto de concierto o acuerdo con la vocación defraudatoria, es decir, dirigida a perjudicar efectivamente a la Administración en la que la autoridad o el funcionario desarrollan sus servicios.

El precepto castiga asimismo al particular que se haya concertado con la autoridad o funcionario público se le impondrá la misma pena de prisión que a éstos, así como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o

incentivos fiscales y de la Seguridad Social.

#### Artículo 437.

La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada. (exacción ilegal) Es un delito especial de mera actividad, en el cual la conducta típica la constituye la acción de reclamar el funcionario o autoridad, por sí o tercero, que puede actuar de forma dolosa o sin conciencia del delito, y a uno o varios administrados, una percepción económica que no les corresponda pagar, bien por inexistencia del concepto tarifado o minutado o de la deuda reclamada o una cuantía excesiva a la que legítimamente corresponde, conforme a las normas de determinación de tarifas o minutas aprobadas administrativamente y aplicables al caso.

#### Artículo 438.

La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público. Consiste en la realización de una estafa o apropiación indebida, agravada por el hecho de cometerse por autoridad o funcionario público abusando de su cargo

Son siempre delitos de comisión dolosa siendo imposible la comisión de forma imprudente

### **14 Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función**

#### **14.1 El aprovechamiento de la intervención en asuntos públicos.**

De acuerdo con el artículo 439 del Código Penal, la autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

Así pues, los elementos fundamentales son:

- a) Que dicha autoridad o funcionario deba informar en cualquier clase de asuntos por razón de su cargo.
- b) Que con una clara puesta a disposición de sus intereses particulares de las ventajas que le concede su condición pública, aproveche tal circunstancia para "forzar o facilitar cualquier forma de participación", lo que pone de manifiesto una clara instrumentalización del cargo público, de suerte que debe existir un claro prevalimiento de su condición pública para en asunto público en el que deba informar, obtenga un interés particular. Así pues, esta figura se integra por un incumplimiento de deberes de abstención por parte del funcionario o autoridad como materialización del deber de imparcialidad que debe exigirse tanto a la Administración como a los funcionarios que actúan en su nombre, deber de imparcialidad que tiene su consagración constitucional en el art. 103. Se está en presencia de un delito de los llamados "de infracción de deber".

De acuerdo con la jurisprudencia, tan sólo el funcionario que debe intervenir es susceptible de encajar en el tipo penal, no siendo posible su comisión por parte de otros funcionarios relacionados con la contratación. Por otro lado, debe existir cierta homogeneidad entre la actividad privada desarrollada y aquella otra que tiene que desempeñar por el cargo público que se ejerce, es decir, que ambas actividades (la pública y la privada) sean de una misma o semejante clase, de modo que sea posible un aprovechamiento del cargo público en beneficio de la dedicación privada.

En todo caso, indicar que esta figura penal no supe ni el deber de abstención establecido en el artículo 28 de la Ley 30/1992 ni la normativa en materia de compatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

Complementaria de esta figura es la recogida por el artículo 441, que castiga a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo

en que estuviere destinado o del que dependa. Esta infracción tiene por finalidad el criminalizar las formas más graves de vulneración de la normativa administrativa sobre incompatibilidades

#### **14.2 El aprovechamiento de la información privilegiada.**

El artículo 442 del Código Penal prevé el castigo de la autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero. Tan sólo pueden ser sujetos activos del delito quienes ostenten las cualidades de funcionario o público de autoridad y, además, hayan accedido lícitamente, en atención a las funciones de dicho cargo, a la información o al secreto de cuyo conocimiento pretenden aprovecharse.

La acción típica del delito consiste en hacer uso del secreto o de la información en el propio beneficio. En definitiva, servirse, aprovecharse, valerse, explotar o paralizar una operación que estaba en marcha o, simplemente, no iniciar la que había planificado realizar. La divulgación del secreto o la información privilegiada a un tercero, será susceptible de castigo conforme al delito de revelación de secretos tipificado en el artículo 417 del Código Penal. En todos estos casos el delito se presentará aunque no exista ánimo de lucro.

Por último, el particular que se aprovecha del conocimiento del secreto o de la información privilegiada facilitada incurrirá en responsabilidad penal en aplicación de los artículos 418 o 285 del Código Penal, según los casos.

#### **14.3 Abusos en el ejercicio de funciones públicas.**

Finalmente, el artículo 443 castiga a la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior. Con ello se trata de reprochar esta modalidad de coacción en la que la solicitud sexual se sobreentiende condicionante de la pretensión que

se encuentra pendiente de resolución, informe o consulta por parte del responsable del hecho.

Una modalidad o subtipo de este delito lo constiuye la solicitud sexual por funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores a una persona sujeta a su guarda o de ascendiente, descendiente, hermano o afines en los mismos grados de la persona que tuviere bajo su guarda.

## **LOS DELITOS RELATIVOS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS Y CONTRA LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.**

Además de los supuestos delictivos anteriores, el Código Penal establece penas para las autoridades y funcionarios con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y las garantías constitucionales. Se trata de un conjunto heterogéneo, en el que se engloban las siguientes conductas,

### **1 Discriminación en la denegación de prestaciones.**

El primer supuesto lo encontramos en el art. 511, que castiga a los funcionarios públicos en los casos de:

- Denegar a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.
- Denegar una prestación a la que tenga derecho a una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

### **2. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual**

Aparecen regulados en los artículos 529 a 536 y en ellos se sancionan las siguientes conductas:

1. Artículo 529, En este precepto se sanciona la actuación de Juez o Magistrado que entregase una causa criminal a otra autoridad o funcionario que de forma ilegal se la reclame. La expresión causa criminal resulta comprensiva de cualquier fase procesal en



que la misma se encuentre, ya sea instrucción, juicio o ejecución.

Existe un tipo cualificado cuando tiene como contenido adicional la entrega de la persona de un detenido.

La pena a imponer es la de inhabilitación.

2. artículo 530. Se sanciona a la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prologare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos y demás garantías constitucionales o legales. Solo pueden ser autores del mismo los sujetos que tengan la condición de autoridad o funcionario. El precepto es una norma incompleta pues la determinación de las conductas prohibidas requiere acudir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regula los presupuestos y forma en que debe practicarse la detención.. En cuanto a su estructura la jurisprudencia ha declarado que la consumación del delito se produce en el momento que una persona queda privada de su libertad.

La pena será la de inhabilitación.

3. artículo 531. Se tipifica como delito con parecida estructura al anterior, el decretar, practicar o prolongar la incomunicación de un detenido, preso o senbteciado. El complemento de esta normativa lo encontramos en la regulación contenida sobre estas materias en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se amplía el campo de la autoría de estos delitos a los funcionarios penitenciarios que prolongaren la incomunicación más allá de lo ordenado por el Juez o sin sujeción a garantías legales

‘La pena a imponer será la de inhabilitación.

4. El artículo 532 recoge un tipo atenuado de comisión, así si los hechos recogidos en los artículos anteriores fueran cometidos con imprudencia grave, rebajándose las penas a imponer.

5 artículo 533 Sanciona al funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores en dos supuestos: a) Cuando impusiere a reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas b) Cuando usare con ellos un rigor innecesario. Solo puede ser autor del delito quien ostente la condición de funcionario penitenciario o funcionario de centros de protección o corrección de menores.. Las privaciones o

sanciones deben tener un contenido diferente a los descritos en los arts 530 y 531.

### **3. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad.**

Los siguientes preceptos se enderezan a la tutela de las garantías jurídico constitucionales concernientes a la intimidad , en particular la inviolabilidad del domicilio y la inviolabilidad de la correspondencia u otras comunicaciones . Estas tres figuras delictivas presentan una nota común : La violación de garantías constitucionales, concernientes al bien jurídico de la intimidad (art.18 de la Constitución)

#### **1. Artículo 534. Contempla diversas modalidades :**

-1ª Alude a la *entrada en un domicilio por parte de Autoridad o funcionario público*, mediando causa penal y sin respetar las garantías constitucionales o legales o bien sin el consentimiento de su morador-El concepto de domicilio ha sido interpretado de forma amplia por la jurisprudencia, proyectándolo a todo ámbito de la intimidad personal (habitaciones ocupadas en hoteles, remolques o automóviles en los que se habite. Se exige que la entrada en domicilio se lleve a cabo con vulneración de las garantías constitucionales o legales, en especial la autorización judicial previa.

-2ª La segunda modalidad es la del *registro de papeles, documentos o efectos*, que se hallen en su domicilio por parte de funcionarios o autoridad,, a no ser que el dueño haya prestado su consentimiento. La conducta debe verificarse en vulneración de las garantías constitucionales o legales mediando una causa de delito. Este precepto contempla un subtipo cualificado para los casos en que no se devolviese al dueño, después del registro, los papeles, documentos o efectos personales registrados sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle por apropiación ilegal.

-3ª La tercera modalidad consistente en la conducta del funcionario público o autoridad, que, con ocasión de un lícito registro de papeles, documentos o efectos de una persona *profiera vejación injusta o daños innecesarios en sus bienes*

Las penas de este delito en sus diversas modalidades son inhabilitación y multa.

2. Artículo 535. Se sanciona a la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, interceptare cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica con

violación de las garantías constitucionales o legales. Se agravará la pena si divulgara o revelara la información obtenida. La conducta descrita no reclama la apertura de la correspondencia privada, solo se alude a la detención ilegal de la misma por funcionario en el seno de una causa penal. La pena prevista es la de inhabilitación y en el caso de divulgación o revelado se añade la de multa

3. Artículo 536. Contempla, en una estructura casi idéntica a la anterior, la conducta de interceptación de telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, la imagen o cualquier otra señal de comunicación, por parte de autoridad, funcionario público o agente de estos- El tipo se perfecciona con la interceptación dolosa de las telecomunicaciones o con la utilización dolosa de los artificios técnicos que describe el tipo, no exige una efectiva toma de conocimiento por parte del funcionario, autoridad o agente de las conversaciones o mensajes

Contiene un tipo agravado para el supuesto de que se divulgare o revelare la información obtenida.

Las penas son las mismas que en el caso anterior.

#### **4. Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra los derechos individuales**

##### **4.1. Asistencia letrada**

**Artículo 537.** Se tipifica como delito las conductas de la autoridad o funcionario público a) que impida u obstaculice el derecho de la asistencia de abogado al detenido o preso b) o bien la relativa a procurar o favorecer la renuncia del mismo a dicha asistencia c) o bien que no informe al detenido o preso de forma comprensible de sus derechos y de las causas de su detención.

La pena será de multa e inhabilitación

##### **4.2 Establecimiento de censura previa.**

El art. 538 castiga a la autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por **la Constitución** y las Leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión

radiotelevisiva.

Tal y como queda definido, el precepto castiga penalmente la prohibición de censura establecida por el art. 20 CE, que limita la posibilidad de acordar el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información a la autoridad judicial.

#### **4.3 Disolución o suspensión de asociaciones.**

Por su parte, el art. 439 sanciona a la autoridad o funcionario público que disuelva o suspenda en sus actividades a una asociación legalmente constituida, sin previa resolución judicial, o sin causa legítima le impida la celebración de sus sesiones.

Debemos acudir a los arts. 33 CE y a la Ley 1/2001, de asociaciones, Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos y 11/1985, de Libertad Sindical para integrar los presupuestos de este precepto.

#### **4.4 Prohibición o disolución de reuniones.**

El derecho de reunión se encuentra constitucionalmente amparado por el art. 21 CE. El art. 540 castiga a la autoridad o funcionario público que prohíba una reunión pacífica o la disuelva fuera de los casos expresamente permitidos por las Leyes.

#### **4.5 Expropiación ilegal.**

El art. 541 establece el castigo para la expropiación ilegal al sancionar a la autoridad o funcionario público que expropie a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos y sin

cumplir los requisitos legales. De esta manera, los elementos de este delito son los siguientes:

- a) La condición de autoridad o funcionario público de la persona que acuerda la expropiación.
- b) La actividad expropiatoria, abarca toda clase de bienes pertenecientes a titulares distintos de las entidades, públicas o privadas, que pretenden poner en marcha el procedimiento expropiatorio.
- c) Que la expropiación no solamente incumpla los requisitos legales, sino que carezca de causa alguna justificada de utilidad pública o interés social, de

conformidad con el artículo 33 de la Constitución.

d) Ausencia de formalidades legales.

e) Que la autoridad o funcionario conozca la ilegalidad de la actuación que pretende iniciar, por constarle que no concurren los requisitos que él pretendía acreditar en la certificación tantas veces mencionada.

Por lo tanto, se está protegiendo en derecho de propiedad en los términos del art. 33 CE, que establece que nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. Por otro lado, se hace necesario acudir a la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

#### **4.6 Delito contra los derechos cívicos.**

Por último, el art. 542 establece la pena para la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes. Exige por lo tanto el delito que el agente sea una autoridad o funcionario público; que la acción consista en impedir el ejercicio de un derecho cívico reconocido en la Constitución o en las Leyes, ya sea mediante amenaza, engaño, simple negativa o cualquier medio idóneo a tal fin; y que el agente obre «a sabiendas», es decir con voluntad de impedir el ejercicio de aquellos derechos.

Por concepto de derechos cívicos la jurisprudencia ha comprendido, entre otros supuestos, la denegación completa de información de los documentos contraviniendo la Ley 30/1992. Esto es, existe delito cuando se deniega el acceso a la información pero no cuando la información no se da en la forma pretendida por el ciudadano, por ejemplo, una copia del expediente.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Morales Prats, Fermín; Quintero Olivares, Gonzalo, Comentarios a la parte especial del derecho penal, Pamplona, 2009.

Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, Valencia, 2010.

Vives Antón, Derecho Penal Parte Especial, Valencia, 2004.

**ANTONIO ROMA VALDÉS**

FISCAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE GALICIA

TEMA REVISADO POR **ENRIQUE ÁLVAREZ ROMERO**

LETRADO HABILITADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 36**

# **PERSONAL LABORAL. EL CONVENIO COLECTIVO ÚNICO DEL PERSONAL LABORAL DE LA XUNTA DE GALICIA**

## **TEMA 36. PERSONAL LABORAL. EL CONVENIO COLECTIVO ÚNICO DEL PERSONAL LABORAL DE LA XUNTA DE GALICIA**

### **1.PERSONAL LABORAL**

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (en adelante, EBEP) define en su artículo 8 a los empleados públicos como aquellos que desempeñan funciones retribuidas en las administraciones públicas al servicio de los intereses generales, estableciendo su clasificación en:

- a) Funcionarios de carrera.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.
- d) Personal eventual.

El artículo 11 del EBEP:

1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las administraciones públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.
2. Las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2.

En el ámbito autonómico, en la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia (DOG núm. 82, de 4 de mayo de 2015), define al personal laboral en su artículo **26** como aquel personal que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, prestan servicios retribuidos en las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley. En función del régimen de duración del contrato, este puede ser fijo, temporal o indefinido. El personal laboral al servicio de las administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente ley se rige, además de por la legislación



laboral y las normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de esta ley que así lo dispongan.

2. En ningún caso pueden ser desempeñados por personal laboral los puestos de trabajo que estén reservados a personal funcionario en virtud de lo previsto en el apartado segundo del artículo 22 de esta ley.

3. Pueden ser desempeñados por personal laboral:

a) Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.

b) Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios.

c) Los puestos correspondientes a áreas de actividad que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de personal funcionario en los cuales las personas integrantes tengan la preparación específica necesaria para su desempeño.

d) Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipamientos e instalaciones, y artes gráficas, así como los puestos de las áreas de expresión artística.

De acuerdo con el artículo 7 del EBEP, el personal laboral al servicio de las administraciones públicas se regirá, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del estatuto que así lo dispongan.

En los mismos términos se pronuncia la Ley de empleo público de Galicia 2/2015, al establecer en su artículo 9: *"se rige, además de por la legislación laboral y las normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de esta ley que así lo dispongan."*

## **2. EL CONVENIO COLECTIVO ÚNICO DEL PERSONAL LABORAL DE LA XUNTA DE GALICIA.**

El actual convenio colectivo único vigente, del personal laboral de la Xunta de Galicia, es el quinto de su historia y ha sido inscrito en el Registro General de Convenios y publicado por Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales de 20.10.2008 (DOG nº 213, de 4 de noviembre).

**Sistemática:**

Capítulo I: Ámbito del convenio.

Capítulo II: Órgano de vigilancia.

Capítulo III: Estabilidad en el empleo e incompatibilidades.

Capítulo IV: Provisión de vacantes y acceso a la condición de personal laboral.

Capítulo V: Organización y dirección del trabajo.

Capítulo VI: Jornada, horario de trabajo, descanso y vacaciones.

Capítulo VII: Licencias y excedencias.

Capítulo VIII: Condiciones económicas.

Capítulo IX: Beneficios sociales.

Capítulo X: Seguridad e higiene.

Capítulo XI: Movilidad.

Capítulo XII: Derechos sindicales.

Capítulo XIII: Régimen disciplinario.

12 disposiciones transitorias, 18 disposiciones adicionales y 5 anexos, en los que, entre otros aspectos, se establecen las retribuciones básicas de cada grupo, los grupos y las categorías profesionales o el catálogo de permisos y licencias.

**2.1. ÁMBITO DEL CONVENIO (CAPÍTULO I)****Ámbito subjetivo:**

Personal incluido: aquel que, sujeto a la legislación laboral, preste sus servicios bajo la dependencia de la Xunta de Galicia y de la de sus organismos autónomos, así como el personal laboral que con posterioridad a la publicación del Convenio pase a depender de los mismos (artículo 1.1 y 1.2.).

Personal expresamente excluido (artículo 1.3):

- Altos cargos contratados de acuerdo con el artículo 21 del Estatuto de los trabajadores y demás normas concordantes.

- Todas aquellas personas físicas vinculadas con la Xunta de Galicia por contrato no laboral de prestación de servicios, sea de naturaleza civil o mercantil.
- El personal experto docente de formación ocupacional, de escuelas taller y de talleres de empleo.
- Los artistas de espectáculos públicos del IGAEM.

### **Ámbito temporal y prórroga.**

El artículo 2 del convenio dispone su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el DOG (4 de noviembre de 2008), y establece que los efectos económicos tendrán efectos retroactivos al 1 de enero de 2008 y serán revisados anualmente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de presupuestos para la Comunidad Autónoma de Galicia.

Su vigencia terminará el 31 de diciembre de 2009, si bien se prevé una prórroga automática si al final de ese plazo no se produjera la denuncia escrita de una de las dos partes dentro de los tres últimos meses de vigencia. En tal supuesto, la comisión negociadora debería reunirse dentro de los veinte días siguientes a la denuncia y, mientras se negociara otro convenio, quedaría prorrogado el actual hasta la aprobación del nuevo texto.

## **2.2. ÓRGANO DE VIGILANCIA (CAPÍTULO II)**

El convenio crea en su artículo 3 una comisión paritaria de vigilancia, control e interpretación, que entenderá de su aplicación.

**Constitución:** el mismo artículo la ordena en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la publicación del convenio y dispone la comunicación por escrito de la relación de miembros que la componen, al secretario de la comisión negociadora, en el plazo de cinco días a partir de su firma.

**Composición:** está formada por un número de representantes, tanto por parte de los trabajadores como de la Administración de la Xunta de Galicia, equivalente al número de consellerías existentes más uno.

**Acuerdos:** los acuerdos se tomarán por unanimidad y vincularán a ambas partes en los mismos términos que el convenio, incorporándose al mismo como anexo.

**Competencias:** corresponden a este órgano entre otras funciones:

- a) La interpretación de la totalidad del articulado o cláusulas del convenio.
- b) La vigilancia de lo pactado.
- c) La facultad de conciliación previa en aquellas cuestiones que le sean sometidas de común acuerdo por las partes.
- d) Asegurar la no discriminación de la mujer, controlando la igualdad de trato, los posibles abusos, agresiones de orden sexual, laborales, físicas o psíquicas, tanto por parte de los compañeros de trabajo como por parte de los superiores.
- e) Ser oída con anterioridad a la publicación de la oferta de empleo público.

## **2.3. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO E INCOMPATIBILIDADES (CAPÍTULO III)**

### **Principio de estabilidad en el empleo:**

El convenio recoge en su artículo 4 el principio de estabilidad en el empleo, de acuerdo con el cual los contratos de trabajo se entenderán pactados por tiempo indefinido, con las excepciones legalmente establecidas.

### **Incompatibilidades:**

El artículo 5 del convenio sujeta al personal laboral de la Xunta al régimen de incompatibilidades de acuerdo con las normas estatales y autonómicas sobre la materia (Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas, y Real decreto 598/1985, de 30 de abril, y somete a dicho régimen la percepción de los complementos retributivos que se prevén en el artículo 26.

## **2.4. PROVISIÓN DE VACANTES Y ACCESO A LA CONDICIÓN DE PERSONAL LABORAL (CAPÍTULO IV).**

### **Relación de puestos de trabajo.**

**El artículo 6 dispone que son** puestos de trabajo reservados al personal laboral los que así se determinen en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

En el anexo II del convenio figuran las categorías del personal laboral que integran cada grupo, así como las categorías análogas o similares que, en su caso, se incluyen en cada

nueva categoría.

### **Provisión de vacantes**

El artículo 7 establece que los puestos de trabajo que, según la correspondiente relación de puestos de trabajo, deban ser desempeñados por personal laboral, se proveerán por los procedimientos regulados en este artículo .

La Administración de la Xunta de Galicia facilitará la movilidad del personal que desee ser trasladado a otras administraciones.

Provisión definitiva: concurso de traslados y libre designación.

**a) Concurso.** El concurso de traslados constituye el sistema normal de provisión definitiva de puestos de trabajo y previsiblemente serán convocados anualmente.

Convocatoria: será realizada por el conselleiro competente en materia de función pública.

Resolución: corresponde a una o varias comisiones de valoración, nombradas por el Conselleiro competente en materia de función pública, compuestas por un/una presidente/a, que será la persona titular de la Dirección General de la Función Pública o persona en quien delegue; un/una secretario/a, con voz y sin voto, y un máximo de cinco vocales.

La resolución, al igual que la convocatoria, será publicada en el DOG por la consellería competente en materia de función pública u órgano en que aquella delegue.

Los traslados derivados de la participación en un concurso tendrán en todo caso carácter voluntario y, en consecuencia, no generarán derecho a la percepción de indemnización alguna.

Remoción: el personal laboral que ocupe puestos de trabajo obtenidos por concurso podrá ser removido de ellos por desaparición del puesto, como consecuencia de una modificación de la relación de puestos de trabajo correspondiente, o por falta de capacidad para el suyo desempeño manifestada por rendimiento insuficiente que no componerte inhibición.

### **b) Libre designación.**

Se proveerán por el sistema de libre designación puestos de trabajo que, en atención a su

naturaleza, así se determine en la correspondiente RPT.

Supuestos: sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de trabajo de directores/as y subdirectores/as de centros y responsables de área, los puestos del personal destinado en la residencia oficial del presidente de la Xunta de Galicia, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que, excepcionalmente, así se determine en las relaciones de puestos de trabajo con los mismos criterios que se sigue para este tipo de puestos en el ámbito de la función pública de Galicia.

Convocatoria: corresponde a la consellería respectiva y deberá ser publicada en el *Diario Oficial de Galicia*, conteniendo, entre otros posibles extremos, los puestos convocados y requisitos requeridos para su desempeño, el plazo para la presentación de instancias y los requisitos que deben reunir los interesados.

Remoción: el personal que sea destinado a un puesto de libre designación podrá ser removido de él con carácter discrecional.

### **Provisión temporal o provisional.**

Los puestos de trabajo reservados al personal laboral de la Xunta de Galicia podrán proveerse, con carácter temporal o provisional, con personal laboral fijo. Esta cobertura será provisional, debiendo ser incluidos estos puestos necesariamente en el primer concurso de traslados que se convoque.

#### **a) Adscripción temporal.**

Puede emplearse para la cobertura de puestos de trabajo vacantes, cuando su provisión se considere urgente e inaplazable. Se requiere:

- Informe vinculante de la consellería de destino del/de la trabajador/a cuando el puesto que se provea por este sistema dependa de otra consellería.
- El trabajador deberá pertenecer a la misma categoría y reunir los requisitos que exija la correspondiente relación de puestos de trabajo.
- En todo caso, la adscripción tendrá carácter voluntario y una duración máxima de un año prorrogable por otro si persisten las circunstancias que la motivaron.
- Autorización de la adscripción de la Dirección General de la Función Pública. De la

autorización se dará traslado inmediato al Comité Intercentros, especificando las causas que la motivaron.

-Esta adscripción temporal podrá ser solicitada en cualquier momento antes del informe de la consellería.

### **b) Contratación de personal laboral temporal.**

Los puestos de trabajo vacantes que no se provean por trabajadores declarados en situación de incapacidad permanente total y cuya provisión se considere necesaria podrán cubrirse mediante la contratación de personal laboral temporal. Para la contratación de este personal laboral no podrá acudir a las empresas de trabajo temporal.

#### Procedimiento:

- Se llamará, según la categoría de que se trate, al primer aspirante de la lista elaborada al amparo del Decreto 37/2006, de 2 de marzo, o del sistema de contratación temporal vigente en cada momento.
- De no existir listas elaboradas al efecto, se solicitará de la oficina pública del Servicio Público de Empleo, de modo genérico, un mínimo de tres trabajadores en situación de desempleo, por cada una de las vacantes que se pretenda cubrir. Asimismo, en el tablón de anuncios de la consellería o centro de que se trate se le dará publicidad a la citada petición, en la que deberá constar el número de plazas, los requisitos a cumplir y el plazo de presentación de instancias. La composición del órgano de selección será la contemplada para los procedimientos de selección y será el tribunal, una vez constituido, quien aprobará las bases de la convocatoria que regirá el proceso de que se trate. En la selección se aplicará el baremo que figura como anexo III del convenio.

### **Acceso a la condición de laboral fijo.**

El artículo 8 del convenio dice que el acceso a las distintas categorías de personal laboral fijo de la Xunta de Galicia se realizará, previa convocatoria pública, mediante concurso-oposición, que consistirá en la superación de las pruebas correspondientes, así como en la posesión previa, debidamente valorada, de determinadas condiciones de formación, méritos o niveles de experiencia.

En todo caso, para superar el proceso selectivo será necesario superar la fase de oposición.

Convocatorias (artículo 10): se incluirán, en todo caso, los siguientes extremos: número de vacantes ofertadas por categorías y requisitos que deben reunir los aspirantes; número de vacantes que se reservan para el turno de promoción interna; sistema de selección, forma de desarrollo de las pruebas y valoración; baremo de méritos aplicable; composición del tribunal, y plazo para la presentación de instancias.

Competencia: el órgano competente para convocar las pruebas de acceso será la consellería competente en materia de función pública; las bases de las convocatorias se negociarán dentro de la comisión paritaria.

Promoción interna (artículo 9): en las convocatorias deberá reservarse un mínimo del 50% de las vacantes ofertadas para cubrir por el turno de promoción interna. Para participar en este turno los interesados deberán reunir los siguientes requisitos:

- Poseer al menos dos años de antigüedad en la categoría desde la que se accede.
- Pertenecer a una categoría integrada en el grupo inmediato superior o inferior al que se pretende acceder, para el supuesto de promoción interna vertical, o del mismo grupo para la promoción interna horizontal.
- Los demás que, con carácter general, se fijen en la correspondiente convocatoria.

Los aspirantes del turno de promoción interna tendrán convocatorias distintas y separadas y serán eximidos de algunas de las pruebas previstas para el turno libre. Las vacantes no cubiertas por este turno se acumularán al turno de acceso libre.

Tribunales de selección (artículo 11): serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros y paridad entre mujeres y hombres. Estarán formados por un número no superior a siete miembros, todos con voz y voto, que deberán poseer una titulación académica de igual o superior nivel a la solicitada como requisito a las personas aspirantes. El personal de elección o de designación política, los/las funcionarios/as interinos/as, los/las laborales temporales y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.

Los miembros de estos tribunales están en todo caso sujetos al régimen de abstención y



recusación recogido en el artículo 28 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Resolución (artículo 12):

Concluido el proceso selectivo, el tribunal remitirá al órgano convocante la propuesta de aspirantes que lo superaron para que éste la eleve a definitiva, la publique en el DOG y proceda a su nombramiento.

En dicha resolución podrán incluirse los puestos vacantes que se les oferten a las personas aspirantes que superaron el proceso selectivo, con indicación de los requisitos necesarios para su desempeño, en cuyo caso en la resolución de nombramiento se incluirá el destino adjudicado a cada aspirante

En caso distinto, el órgano convocante resolverá y publicará en el DOG el nombramiento como personal laboral de la Xunta de Galicia en la categoría que corresponda una vez que haya transcurrido el plazo otorgado a los aspirantes para presentar la documentación justificativa del cumplimiento de los requisitos señalados en la convocatoria.

La adjudicación de puestos se realizará de acuerdo con el orden de prelación obtenido en el proceso, teniendo preferencia las personas aspirantes provenientes del turno de promoción interna.

Los puestos de trabajo adjudicados tendrán naturaleza de destino definitivo.

Toma de posesión (artículo 13): concluido el procedimiento, el personal nombrado laboral fijo dispondrá del plazo de un mes para tomar posesión de su destino.

Período de prueba (artículo 14): será el siguiente:

1. Para las categorías incluidas en los grupos I y II, tres meses.
2. Para las categorías incluidas en el grupo III, dos meses.
3. Para las categorías incluidas en los grupos IV y V, un mes.

Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los mismos derechos y obligaciones que el personal fijo de la plantilla de su misma categoría profesional, excepto los derivados de la resolución de relación laboral, que se podrá producir a petición de cualquiera de las partes durante su transcurso. Las situaciones de IT interrumpen el período de prueba. En

caso de que no se supere el período de prueba, la Administración se lo notificará al trabajador por escrito motivado, dando conocimiento al comité de empresa o a los delegados de personal. La rescisión durante este período no dará derecho a indemnización alguna.

## **2.5. ORGANIZACIÓN Y DIRECCIÓN DEL TRABAJO (CAPÍTULO V)**

### **Trabajos de superior e inferior categoría (artículo 15):**

Además de los requisitos establecidos para la movilidad funcional, regulada en el artículo 39 del Estatuto de los trabajadores, se tendrán en cuenta los siguientes principios:

- La realización de trabajos de categoría superior o inferior responderá a necesidades excepcionales y perentorias y durará el tiempo mínimo imprescindible.
- En todo caso, tendrán preferencia los trabajadores del centro de trabajo, a los cuales se les tendrán en cuenta los requisitos establecidos para la promoción interna y los ascensos
- A ser posible, se le comunicará al trabajador, por escrito, con 48 horas de antelación y, en todo caso, con anterioridad al inicio del cambio de puesto de trabajo.

#### Funciones de categoría superior

La ocupación de un puesto de trabajo en régimen de desempeño de funciones de categoría superior no podrá exceder, con carácter general, de seis meses consecutivos o diez alternos.

La realización de estas funciones requerirá autorización expresa, o ratificación posterior en casos de urgencia, de la Dirección General de la Función Pública.

En todo caso, el simple desempeño de una categoría superior no consolidará el salario ni la categoría superior ni tendrá la consideración de mérito para el acceso por el turno de promoción interna. Los puestos ocupados por este sistema se incluirán necesariamente en el primer concurso de traslados que se convoque, excepto que la plaza se encuentre reservada a su titular.

#### Funciones de categoría inferior

El trabajador sólo podrá realizar trabajos de la categoría inmediatamente inferior a la suya

durante un sólo período no superior a treinta días consecutivos. Transcurrido este período, el trabajador no podrá volver a ocupar un puesto de categoría inferior hasta que transcurra un año.

Al personal que realice trabajos de inferior o superior categoría se le respetarán las condiciones más favorables y beneficiosas, tanto salariales como laborales, sin que en ningún caso se le disminuyan sus percepciones económicas.

### **Organización del trabajo (artículo 16).**

La organización del trabajo es facultad de la Xunta de Galicia y su aplicación práctica corresponde a los titulares de las distintas unidades orgánicas, sin perjuicio de los derechos y facultades de audiencia e información reconocidos al personal.

### **Permutas (artículo 17)**

Las permutas o rotaciones de puesto de trabajo entre dos o más trabajadores/as del personal fijo se podrán conceder cuando concurren las siguientes circunstancias:

- Que cuenten con más de un año de servicios continuados en la Administración.
- Que tengan idénticas categorías laborales.
- Que les falten a los/a los trabajadores/as más de cinco años para la jubilación.
- Que se emita informe previo favorable de las jefaturas respectivas y del comité de empresa o comité intercentros cuando afecte a más de un comité de empresa.

En el plazo de dos años a partir de la concesión de una permuta o rotación no se le podrá autorizar otra a cualquiera de los/las interesados/as.

La concesión de la permuta o rotación no dará derecho al pago de gastos ni de indemnizaciones de ninguna clase.

## **2.6. JORNADA, HORARIO DE TRABAJO, DESCANSO Y VACACIONES (CAPÍTULO VI)**

### **Jornada de trabajo (artículo 18).**

Como regla general, la jornada de presencia y trabajo efectivo será de 37 horas y 30 minutos semanales, de lunes a viernes, de forma continuada en términos generales en

turnos de mañana, tarde o noche, excepto en aquellos centros en que, por la naturaleza de sus funciones, se haga necesaria la jornada partida. La jornada máxima anual será de 1.665 horas. No tendrán naturaleza de horas extraordinarias aquellas que, excediendo de las 37,30 horas semanales, no superen las 1.665 horas anuales.

No obstante, la dirección de cada centro y los representantes de los trabajadores podrán negociar un horario o una jornada distinta cuando lo consideren necesario por sus peculiaridades específicas y cuenten con la autorización previa de la consellería de la que depende.

### **Descanso y festivos (artículo 19)**

Descanso semanal. los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal de dos días ininterrumpidos que, como regla general, abarcará el sábado y el domingo, salvo en aquellos centros en que sea necesaria la prestación de servicios esos días, en cuyo caso se podrán establecer las previsiones necesarias para que los trabajadores disfruten del descanso semanal anticipadamente.

Domingos. un domingo inhabilita, como mínimo, para trabajar el domingo siguiente.

Festivos. los trabajadores librarán la mitad de los domingos y festivos en cómputo anual. Para los servicios que haya que prestar necesariamente en domingos y festivos se establecerá un descanso adicional del 75% del tiempo de prestación, excepto los específicamente contratados para el fin de semana, a los que se les compensará económicamente a mayores con el 75% del salario bruto/día, por cada domingo o festivo.

Además, salvo necesidades del servicio, todo el personal laboral vinculado a este convenio disfrutará como descanso los días 24 y 31 de diciembre.

### **Vacaciones (artículo 20).**

Todo el personal con un año mínimo de servicios tendrá derecho a unas vacaciones retribuidas de duración igual a la del mes natural en que se disfruten u optar por la modalidad de 22 días hábiles en períodos mínimos de cinco días hábiles consecutivos. De no llevar un año de servicios, se disfrutarán las vacaciones en proporción a los días trabajados.

Ambas modalidades se disfrutarán preferentemente entre el 1 de julio y el 30 de

septiembre y su distribución se hará por acuerdo entre la dirección del centro y la representación del personal, teniendo en cuenta las necesidades del servicio, la naturaleza específica de los centros y su correcto funcionamiento.

## **2.7. LICENCIAS Y EXCEDENCIAS (CAPÍTULO VII)**

### **Licencias y permisos con sueldo (artículo 21).**

Con la finalidad de establecer un único régimen en la Xunta de Galicia, el convenio extiende al personal laboral al que resulta de aplicación el régimen de permisos y licencias vigente para el personal funcionario derivado de la regulación establecida en el EBEP, en el TRLFPG y en la Ley 7/2004, de 16 de julio, para la igualdad de mujeres y hombres, modificada por la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres en Galicia.

No obstante, respeto al permiso para asuntos personales se establecen particularidades como la posibilidad de disfrute hasta el 15 de enero del siguiente año natural.

### **Licencias con sueldo parcial y sin sueldo (artículo 22).**

Con sueldo parcial: tendrán derecho a una reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario los siguientes trabajadores:

- a. Quienes por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de seis años o un disminuido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, o no perciban ingresos superiores al salario mínimo interprofesional.
- b. Quienes precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida, o no perciban ingresos superiores al salario mínimo interprofesional.

Sin sueldo: los trabajadores fijos que lleven como mínimo un año de servicio podrán pedir licencias sin sueldo, por un plazo no inferior a quince días y no superior a seis meses, en un intervalo de tiempo de dos años.

## **Licencias especiales y condiciones de trabajo en los supuestos de maternidad y paternidad (artículo 23).**

La trabajadora gestante tendrá derecho a ocupar durante el embarazo un puesto de trabajo y/o turno distintos de los suyos, siempre que exista tal puesto y turno alternativos y siempre que, según prescripción de un facultativo del sistema de la sanidad pública, su puesto o turno resulten nocivos para su salud o la del feto. Este cambio de puesto de trabajo no supondrá modificación de su categoría, ni merma de sus derechos económicos. Una vez finalizada la causa que motivó el cambio de puesto de trabajo, se procederá a la reincorporación a su destino original.

Además, la trabajadora gestante será trasladada si la permanencia en su puesto de trabajo pusiera en peligro su vida o la integridad del feto y tendrá derecho a escoger la fecha de sus vacaciones reglamentarias.

## **Excedencias (artículo 24).**

### **1. Excedencia para el cuidado de hijos/as menores de tres años**

Todos/as los/las trabajadores/as tendrán derecho a una excedencia por tiempo no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo/a, contados desde su nacimiento, o, en el caso de adopción o acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, contados desde la fecha de la resolución judicial o administrativa. Los/as hijos/as sucesivos darán lugar a un nuevo período de excedencia que, en su caso, pondrá fin al que se viniera disfrutando.

Durante el disfrute de esta excedencia, al/a la trabajador/a se le reservará el puesto de trabajo y turno que viniera desempeñando con carácter definitivo y se le computará el tiempo correspondiente a efectos de antigüedad.

### **2. Para el cuidado de familiares**

Los/las trabajadores/as también tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, para atender el cuidado de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Esta excedencia constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la Xunta generasen este derecho por el mismo

sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de esta dará fin a la que, en su caso, se viniese disfrutando.

Este período será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, cuya participación deberá ser convocada por la Xunta de Galicia, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

### 3. Excedencia voluntaria

Los trabajadores fijos, con una antigüedad mínima de un año en la Xunta de Galicia, podrán solicitar, con una antelación mínima de 45 días, excedencia voluntaria por un período de tiempo no inferior a un año.

El trabajador que solicite su reingreso tendrá derecho a ocupar la primera vacante, con carácter provisional, que se produzca en su grupo y categoría, excepto en el caso de concurrir un excedente forzoso, que tendrá preferencia. Si la vacante fuese de inferior categoría a la que antes tenía, podrá optar a ella a la espera de que surja la que corresponda a su categoría.

En todo caso, no se podrá solicitar nueva excedencia voluntaria antes de transcurrido un año desde su reincorporación.

### 4. Excedencia forzosa

Esta excedencia se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo y dará derecho al trabajador a conservar el puesto de trabajo, turno y centro, y a que se compute la antigüedad durante su vigencia. Como criterio para su concesión se tendrán en cuenta los supuestos de servicios especiales previstos en la normativa de la función pública gallega.

El reingreso deberá efectuarse en el plazo máximo de treinta días naturales a partir del cese en el cargo. Si no solicitan el reingreso en el plazo citado serán declarados, de oficio,

en excedencia voluntaria por interés particular.

La reincorporación se producirá en la misma categoría profesional, puesto de trabajo y turno que tenía el trabajador. Este reingreso tendrá carácter inmediato desde el momento en el que se solicite y, en todo caso, un mes después del cese en el cargo.

#### 5. Excedencia voluntaria por incompatibilidad

Se declarará en esta situación, de oficio o a instancia de parte, al personal laboral fijo cuando esté en servicio activo en la Xunta de Galicia en otra categoría, cuerpo o escala, a no ser que hubiesen obtenido la oportuna compatibilidad o pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público y no les corresponda quedar en otra situación.

El personal en esta situación puede solicitar en cualquier momento el reingreso, que podrá efectuarse por adscripción temporal a un puesto de su categoría condicionada a las necesidades del servicio y siempre que se reúnan los requisitos para su desempeño. El caso de cesar en otro puesto, deberá solicitar su reingreso en el plazo máximo de 30 días hábiles desde dicho cese o, en caso contrario, quedaría en la situación de excedencia voluntaria por interés particular.

#### 6. Excedencia por razón de violencia sobre la mujer.

Para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, las trabajadoras víctimas de violencia de género tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia en los términos establecidos en el Ley del empleo público de Galicia (ley 2/2015, artículos 25, 176 y 177).

### **2.8. CONDICIONES ECONÓMICAS (CAPÍTULO VIII)**

El artículo 25 establece que las retribuciones del personal laboral se abonan mensualmente mediante un modelo unitario de nómina, en el cual se reflejan todos los aspectos retributivos y aquellos por los cuales se producen, en su caso, descuentos en los haberes de los/las trabajadores/as.

Las retribuciones están, por lo tanto, constituidas por el salario base y los siguientes complementos salariales:

- **Salario base:** es la parte de retribución del/de la trabajador/a fijada para la



jornada ordinaria de trabajo, en función de su categoría profesional.

- **Pagas extraordinarias:** todo el personal incluido en el ámbito de aplicación de este convenio tendrá derecho a percibir dos pagas extraordinarias, que se abonarán con el salario mensual de junio y diciembre. La cuantía de cada una de las pagas será igual a una mensualidad del salario base del convenio más antigüedad.

- **Complementos salariales (artículo 26)**

Antigüedad: retribuye los trienios que perfeccionen todos/as los/as trabajadores/as a partir de la entrada en vigor del V convenio con una cantidad mensual igual para todos los grupos de clasificación.

Complemento de funciones: retribuye en idéntica cuantía para todos los grupos el desempeño de las funciones propias de cada puesto de trabajo.

Complementos de singularidad de puesto: retribuye las especiales dificultades materiales y técnicas que exija el desempeño del puesto de trabajo en la cuantía que para cada uno figura en la correspondiente relación de puestos de trabajo, de acuerdo con los criterios fijados de especial dedicación, responsabilidad, dirección, peligrosidad, toxicidad, penosidad y otras condiciones especiales del puesto, disponibilidad horaria y nocturnidad.

**Horas extraordinarias artículo 27:** son aquellas horas o fracciones que excedan de la jornada normal de trabajo y tengan un carácter excepcional. Su realización tendrá siempre un carácter voluntario y no podrán exceder de 80 en cómputo anual. Se compensarán por tiempo de descanso siempre que la organización del trabajo lo permita.

**Dietas y desplazamientos artículo 28:** se entiende por dieta la indemnización económica diaria que se debe pagar a un/una trabajador/a como compensación de los gastos de mantenimiento y alojamiento que deba realizar por consecuencia de un desplazamiento motivado por orden de los órganos directivos correspondientes. La cuantía de la dieta será la especificada para el grupo III de los funcionarios y se aplicará en las mismas condiciones que a éstos, según lo regulado en el Decreto 144/2001, de 7 de junio (DOG núm. 122, de 25 de junio).

**Incapacidad temporal (artículo 30):** en caso de baja por IT o situación de riesgo

durante el embarazo, la Xunta de Galicia incrementará el subsidio económico de la Seguridad Social hasta conseguir la cuantía igual a la base de cotización del trabajador del mes anterior a aquel en que se produzca la baja.

## **2.9. BENEFICIOS SOCIALES (CAPÍTULO IX)**

Dentro de los beneficios sociales, el convenio recoge los siguientes aspectos:

1) Formación y perfeccionamiento profesional, derecho a ver facilitada la realización de estudios académicos o profesionales (artículo 31).

2) Ocio, recreo, cultura y deportes, regulando el derecho al uso gratuito de las bibliotecas de los diferentes centros o servicios, de las instalaciones deportivas de uso público gestionadas por la Xunta y de los salones de actos para el desarrollo de actividades culturales, siempre que no se interfieran las actividades normales de la Administración (artículo 32).

3) Orientación sobre planificación familiar y revisiones médicas (artículo 33).

4) Jubilación y fomento de empleo (artículo 34).

- Jubilación forzosa al cumplir el trabajador la edad de 65 años. Aquellos trabajadores que, al llegar a esta edad, no hayan cumplido el período mínimo de cotización a la Seguridad Social para causar derecho a la referida prestación, podrán continuar prestando servicios hasta cumplir dicho período de cotización, momento en el que se causará baja de modo inmediato.

- Jubilación especial del trabajador que al cumplir la edad de 64 años opte por acogerse a la jubilación con el 100% de los derechos, en cuyo caso será sustituido por cualquier trabajador inscrito como desempleado en la oficina de empleo y en las listas que, en su caso, se elaboren, mediante un contrato de la misma naturaleza que la del extinguido.

- Jubilación voluntaria del trabajador que reúna los requisitos establecidos en el régimen de la Seguridad Social al que pertenezca.

5) Política de ayuda a disminuidos físicos y psíquicos (artículo 35).

Todo trabajador que tenga bajo su dependencia directa y legal, y viviendo a sus expensas, consorte, hijos y ascendientes de primer grado de consanguinidad o afinidad que sean

discapacitados físicos, psíquicos o sensoriales reconocidos como tales por los órganos competentes en la materia y siempre que los ingresos del discapacitado no superen el salario mínimo interprofesional en cómputo anual, percibirá una ayuda de 180 euros mensuales por cada discapacitado. Asimismo, tendrán el mismo derecho cuando ejerzan la tutela de una persona con la que tengan o no vínculo familiar.

6) Indemnización por invalidez y muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional (artículo 36).

7) Fondo de ayuda para anticipos (artículo 37).

8) Complemento de las pensiones de viudedad y orfandad (artículo 38).

## **2.10. SEGURIDAD E HIGIENE (CAPÍTULO X)**

El convenio refleja, entre otros, los siguientes compromisos que adquiere la Xunta de Galicia en esta materia:

1. Cumplimiento estricto de las disposiciones vigentes en materia de prevención de riesgos y seguridad en el trabajo, de conformidad con la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, el Estatuto de los trabajadores y demás legislación (artículo 39).

2. Suministro de ropa de trabajo y calzado profesional homologados y de uso obligatorio a todo el personal a su servicio cuando las condiciones y la naturaleza del trabajo lo requieran e inclusión en sus presupuestos las partidas económicas precisas para la dotación de servicios médicos (artículo 40).

3. Prohibición de que el personal sujeto al convenio realice obras a destajo durante su jornada laboral y, en caso de que, por lo específico de su labor, desarrolle su trabajo a cielo abierto, de realizar sus funciones cuando la situación climatológica o las condiciones del terreno supongan penosidad visible (artículo 42).

## **2.11. MOVILIDAD (CAPÍTULO XI)**

Para el traslado a otro centro de trabajo que implique cambio de residencia de trabajadores que no fueran contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, el convenio requiere la existencia

de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, o bien contrataciones referidas a la actividad empresarial.

En todos estos supuestos se prevé, además, el derecho del trabajador a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato con indemnización, así como la existencia de distintos períodos de consultas con los representantes legales de los trabajadores, en función del número de ellos afectado (artículo 43).

## **2.12. DERECHOS SINDICALES (CAPÍTULO XII)**

### **Delegados de personal y comités de empresa:**

Sin perjuicio de las competencias, funciones y derechos en general reconocidos por las disposiciones legales, tendrán los siguientes derechos específicos:

- 1) A disponer de tiempo retribuido para realizar gestiones conducentes a la defensa de los intereses del personal avisando previamente.
- 2) A ser sustituidos/as durante sus horas sindicales.
- 3) A conocer y consultar el registro de accidentes de trabajo y sus causas, y a acceder al cuadro horario y a los modelos de las cotizaciones a la Seguridad Social, al calendario laboral, a los presupuestos de los centros, a la memoria anual del centro y a cualquier otro documento relacionado con las condiciones de trabajo que afecten al personal.
- 4) A un local con dotación adecuada para su administración interna.
- 5) A tablones de anuncios en lugares visibles para los avisos y comunicaciones que consideren pertinentes.
- 6) A acordar la acumulación de las horas sindicales de sus miembros, en uno o en varios de ellos o entre miembros de distintos comités de empresa en el ámbito autonómico, de acuerdo con el régimen establecido en el mismo convenio.
- 7) A las garantías recogidas en los apartados a), b) y c) del artículo 68 del Estatuto de los trabajadores, desde el momento de su proclamación como candidatos y hasta dos años después del cese en su cargo. Estas garantías consisten en:

1. Apertura de expediente contradictorio por faltas graves o muy graves, en el que

serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal.

2. Prioridad de permanencia en el centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.
3. No ser despedido ni sancionado durante su mandato ni en el año posterior al cese en el cargo (lo que en el convenio es a los dos años siguientes al cese en el cargo), salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación. Asimismo, no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón del desempeño de su representación.

8) A recibir, conjunta y puntualmente, por cuenta de la Xunta de Galicia, un ejemplar del DOG con la frecuencia de sus apariciones o acceso a internet que les permita dicha consulta de la forma que se establezca en sus centros de trabajo.

9) A disponer de un mínimo de 20 horas anuales para la realización de asambleas.

10) A que les sean abonados los gastos de desplazamiento o las indemnizaciones por sus reuniones periódicas y por las convocadas por la Xunta de Galicia.

### **Secciones sindicales, delegados sindicales y afiliados.**

a) Secciones sindicales: aquellas que obtuviesen más de un 10% de los miembros del respectivo comité de empresa tendrán en el centro de trabajo los siguientes derechos:

1. A un número de delegados sindicales, establecido en función del número de trabajadores del centro.

2. A disponer de un local sindical, que compartirán con el comité de empresa o con los delegados de personal.

3. A la realización de asambleas fuera y dentro de la jornada de trabajo en los mismos términos que para los comités de empresa.

b) Delegados sindicales: tendrán los siguientes derechos y garantías:

1. Posibilidad de acumular los créditos horarios que puedan corresponder a los

delegados sindicales de cada una de las organizaciones sindicales firmantes del convenio en una bolsa única correspondiente al ámbito territorial de Galicia. El total de crédito horario resultante de la acumulación puede ser libremente distribuido por cada una de las organizaciones sindicales por medio de la designación de delegados sindicales.

2. Representación de los afiliados de la sección sindical en todas las gestiones necesarias ante la dirección respectiva, y a ser oídos por ésta en el tratamiento de aquellos problemas de carácter colectivo que afecten al personal, en general, y a los afiliados del sindicato, en particular.

3. A ser informados y oídos por la empresa con carácter previo: acerca de despidos y sanciones que afecten a los afiliados al sindicato, en materia de reestructuración de la plantilla de personal, regulaciones de empleo, traslados colectivos o individuales de trabajadores, o del centro de trabajo, y sobre cualquier proyecto o acción administrativa que pueda afectar al personal sobre la implantación o revisión de sistemas de organización del trabajo.

4. Acceso a la misma información y documentación que la empresa deba poner a disposición del comité de empresa, estando obligados a guardar sigilo profesional.

5. A las mismas garantías y derechos que la ley y el convenio reconocen a los miembros del comité de empresa.

c) Afiliados: los afiliados a una sección sindical de las mencionadas anteriormente tendrán los siguientes derechos:

1. A obtener permisos sin sueldo durante el tiempo que pasen a ocupar puestos de responsabilidad sindical con plena dedicación en ámbito superior al centro de trabajo.

2. Un 10 por 100 de los afiliados a una de estas secciones sindicales tendrán derecho a permisos sin retribuciones, siempre que exista comunicación previa y no supere los límites establecidos en el propio convenio.

3. A que se les descuente en su nómina el importe de la cuota sindical que corresponda, con la conformidad previa de/de la afiliado/a.

d) Comité intercentros: al amparo del dispuesto en el Estatuto de los trabajadores, en el convenio se ordena la constitución de un comité intercentros, con un máximo de 13 miembros, pertenecientes a los comités de empresa y delegados/as de personal de los centros de trabajo.

El convenio prevé que el mismo órgano apruebe sus normas de funcionamiento por mayoría absoluta en la primera sesión en la que se constituya, y le atribuye competencias como las siguientes:

1. Negociación del convenio colectivo, elección de los suplentes y asesores de la comisión negociadora y aprobación del anteproyecto correspondiente, siempre que así lo decida, al menos, el 65 por 100 de sus miembros.
2. Elección de los representantes del personal en la comisión paritaria de vigilancia e interpretación del convenio, respetando la proporcionalidad existente en el comité intercentros y siempre que este hubiese firmado el convenio.
3. Elección de los miembros a los que les corresponda representar al personal en todas las comisiones creadas a partir de la comisión paritaria, o en otras comisiones o tribunales recogidos en el presente convenio, respetando la proporcionalidad existente en el Comité Intercentros.
4. Facultad para solicitar conflicto colectivo y para interponer cualquier tipo de reclamación, así como para solicitar la declaración de huelga legal.
5. Negociación con la Administración de las condiciones de adscripción de cualquier colectivo a este convenio, con ocasión de su integración por razones de transferencia.
6. Tratamiento en una mesa con los representantes de la Administración de las ofertas de empleo según las necesidades de recursos humanos previstos con anterioridad a su publicación, según se establece en el Estatuto básico del empleado público.

### **2.13. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO (CAPÍTULO XIII)**

**Procedimiento (artículo 47):** la imposición de sanciones por faltas graves y muy graves, excepto las derivadas de falta de asistencia y puntualidad, requerirá la realización de un expediente disciplinario.

Para su tramitación, cuando la Administración conozca de la comisión de hechos presuntamente constitutivos de falta grave o muy grave, el responsable o director del centro o dependencia donde el trabajador preste sus servicios o, en su caso, la autoridad que normativamente en cada momento tenga asignada tal competencia acordará la incoación del expediente y nombrará al instructor del procedimiento. Este acto de incoación, que deberá ser comunicado por escrito al comité de empresa y al interesado, interrumpirá los plazos legales de prescripción de faltas e infracciones.

El instructor, como primeras actuaciones, recibirá declaración del presunto inculpado, evacuará cuantas diligencias considere necesarias y, en un plazo no superior a dos meses desde el inicio del expediente, propondrá a la autoridad competente el archivo de las actuaciones, o elaborará un pliego de cargos, que le será notificado respectivamente, según el caso, al interesado, al comité de empresa, a los delegados de personal del centro o a la sección sindical correspondiente. En este caso, el pliego de cargos incluirá los hechos imputados con expresión, en su caso, de la falta presuntamente cometida y de las sanciones que puedan ser de aplicación.

El pliego de cargos será notificado al inculpado y se le concederá un plazo de quince días para que pueda contestarlo, aportar los documentos que considere de interés o solicitar, si lo considera conveniente, la práctica de las pruebas que para su defensa crea necesarias.

Una vez contestado el pliego o transcurrido el plazo sin hacerlo, el instructor podrá acordar la práctica de las pruebas solicitadas que juzgue oportunas, así como la de todas aquellas otras que considere pertinentes. Para la práctica de las pruebas se dispondrá del plazo de un mes.

Cumplidas las diligencias anteriores, se le dará vista del expediente al inculpado para que en el plazo de diez días alegue lo que vea pertinente para su defensa y aporte cuantos documentos considere de interés.

El instructor formulará, dentro de los veinte días siguientes, la propuesta de resolución, de la que se dará traslado al comité de empresa o a los delegados de personal y al interesado. Una vez notificada la propuesta de resolución, el interesado dispondrá de diez días para alegar cuanto considere pertinente para su defensa, de forma que, una



vez oído o transcurrido el plazo sin alegaciones, se remita con carácter inmediato el expediente completo al órgano que acordó la incoación del procedimiento. Este órgano, a su vez, lo remitirá al órgano competente para que dicte la resolución que corresponda o, en su caso, podrá ordenar al instructor la práctica de las diligencias que considere necesarias.

De esta resolución se dará cuenta al interesado, al comité de empresa de su centro y a la sección sindical a la que pertenezca, en su caso. También se dará traslado de la resolución definitiva a la Comisión Paritaria del convenio, a los meros efectos estadísticos y de información.

La omisión de este procedimiento determinará la nulidad del expediente, siempre y cuando produzca indefensión del interesado.

La sanción de faltas que no precisen la incoación de expediente disciplinario se comunicará al comité de empresa respectivo, con tres días hábiles de antelación a su notificación al/a la interesado/a.

#### Sanciones.

Las sanciones que podrán imponerse, en función de la calificación de las faltas, serán las siguientes:

a) Por faltas leves:

- Amonestación verbal o por escrito.
- Suspensión de empleo y sueldo hasta dos días.

b) Por faltas graves:

1. Suspensión de empleo y sueldo de dos a quince días.
2. Suspensión del derecho de concurrir a pruebas selectivas o concursos de ascensos por un período de un año.

c) Por faltas muy graves:

- a) Suspensión de empleo y sueldo de dieciséis días a dieciocho meses.
- b) Inhabilitación para el ascenso por un período de hasta un máximo de dos años.

c) Traslado forzoso sin indemnización.

d) Despido.

Competencia: serán órganos competentes para la imposición de las sanciones disciplinarias:

a) El Consello de la Xunta, a propuesta del conselleiro competente en materia de función pública, para imponer el despido.

b) Los titulares de la consellería o del organismo autónomo en el que esté destinado el trabajador, para imponer las sanciones por faltas graves y muy graves. Si la sanción se impone por la comisión de faltas en materia de incompatibilidades en relación con las actividades desarrolladas en diferentes consellerías, la facultad le corresponderá al conselleiro competente en materia de función pública.

c) Los directores generales y los delegados provinciales, respecto del personal dependiente de su dirección general o delegación provincial, para la imposición de sanciones por faltas leves.

Los jefes o superiores que toleren o encubran las faltas de sus subordinados incurrirán en responsabilidad y sufrirán la corrección o sanción que se considere procedente, teniendo en cuenta la que se le imponga al autor y la intencionalidad, perturbación para el servicio, atentado contra la dignidad de la Xunta de Galicia y reiteración o reincidencia de dicha tolerancia o encubrimiento.

No se considerará falta de ningún tipo la negativa a realizar trabajos de categoría distinta a la específica de cada trabajador, salvo cuando medien circunstancias de excepcional necesidad.

Todo trabajador podrá dar cuenta por escrito, a través de sus representantes, de los actos que supongan faltas de respecto a su intimidad o a la consideración debida a su dignidad humana o laboral. La Xunta, a través del órgano directivo al que esté adscrito el interesado, abrirá la oportuna información e instruirá, en su caso, el expediente disciplinario que proceda.

Lo aquí expuesto también será de aplicación cuando se lesionen derechos de los/as trabajadores/as reconocidos en este convenio y en la normativa vigente, y deriven

perjuicios notorios de orden material para ellos.

Prescripción de las faltas y sanciones: los plazos de prescripción son los establecidos en el artículo 97 del EBEP, que se aplica con el carácter de disposición de derecho necesario al personal laboral de las administraciones públicas.

De acuerdo con dicho precepto, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

Cancelación del expediente de faltas y sanciones: se producirá a los tres meses para las faltas leves, al año para las graves y a los dos años para las muy graves.

En este punto, el convenio prevé la aplicación supletoria del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios al servicio de la Xunta de Galicia.

En el caso de despido declarado improcedente de un laboral fijo de la Xunta de Galicia como consecuencia de lo establecido en este capítulo, la opción de indemnización o readmisión le corresponderá al dicho trabajador en los plazos establecidos en el Estatuto de los trabajadores.

**MARÍA JESÚS GOLPE**

ACTUALIZADO POR **MANUEL FUERTES CARBALLEIRA.**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA.

## **TEMA 37**

**POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO. DISPOSICIONES LEGALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA EN MATERIA DE IGUALDAD. POLÍTICAS CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.**

## **TEMA 37. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO. DISPOSICIONES LEGALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA EN MATERIA DE IGUALDAD. POLÍTICAS CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.**

### **1. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO**

En una sociedad capitalista de mercado como ésta en la que nos encontramos inmersos, la posición social de los ciudadanos viene determinada por su posición en el mercado de trabajo, y ha sido la posición de la mujer española en el mercado de trabajo la que ha variado notablemente en los últimos tiempos. No obstante, la realidad social y económica no refleja aún la igualdad plena y efectiva de derechos que la Constitución reconoce a la mujer como parte de su estatuto de ciudadanía. Por ello, una de las principales preocupaciones de la OIT en materia de empleo y ocupación es la eliminación de la discriminación, tal y como lo manifiesta la Declaración de Filadelfia, incorporada a la Constitución de la OIT, al establecer que: *"Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades"*.

El Convenio nº 111 de la OIT define la discriminación como *"cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación"*.

La igualdad entre hombres y mujeres forma parte de la política social de la Unión Europea e integra el acervo comunitario y, aunque se considere un elemento crucial de la cohesión social, constituye un objetivo que no ha sido todavía plenamente alcanzado. Así, en el artículo 10 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (ratificado por el Instrumento de 13 de diciembre de 2007) se establece que: *En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*.

En el artículo 19 del TFUE se dice que *“1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de los tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por éstos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.”*

El artículo 157 (introducido por el Tratado de Amsterdam) marca un hito en las políticas de igualdad de la Unión. *“1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*

*2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.*

*La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:*

*a) Que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;*

*b) Que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.*

*3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.*

*4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.”*

Son numerosas las directivas de derecho comunitario que regulan la igualdad de género y prohíben la discriminación por razón de sexo, de entre las cuales destacamos las siguientes:

- 75/117/CEE, relativa al principio de igualdad de retribución entre los trabajadores de ambos sexos.
- 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Modificada por la Directiva 2002/73/CE, la Directiva 76/207/CEE contiene ahora una definición del acoso sexual, que se considera una forma de discriminación basada en el sexo, y ofrece un apoyo más eficaz a los trabajadores que se consideran injustamente tratados por su empleador en razón de su sexo.
- 79/7/CEE y 86/378/CEE, el ámbito de la Seguridad Social es competencia de los Estados miembros. Ya que no tiene poder de decisión sobre los regímenes nacionales de Seguridad Social, la Unión Europea ha exigido a los Estados miembros que garanticen el respeto de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el marco de la organización de dichos regímenes.
- 92/85/CEE, la Unión Europea ha actuado también en el ámbito de la protección social en lo que se refiere, por una parte, a la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.
- 96/34/CEE, de excedencias parentales y familiares.
- 97/80/CEE, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo.

Centrándonos en nuestra Carta Magna, se debe señalar que recoge el principio de igualdad en sus dos manifestaciones:

a) Formal, contenida en el artículo 14: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.*

b) Material, contenida en el artículo 9.2, y que ha permitido la entrada en nuestro ordenamiento del concepto de “acción positiva”, aunque reconociendo implícitamente que esa igualdad en la realidad no existe, ya que impone a los poderes públicos la obligación de: *“promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

Prohíbe la discriminación por razón de sexo en el ámbito del empleo, tal y como establece el artículo 35.1: *“... sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”*.

El Tribunal Constitucional ha venido realizando, sobre todo a partir de finales de los años 80, una interpretación extensiva del significado del principio de igualdad de trato y la prohibición de la discriminación, habiendo adoptado una postura activa a favor de la igualdad y la eliminación de la discriminación.

Por último, hay que destacar que la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se dicta al amparo de los artículos referidos y, como se dice en su exposición de motivos, incide en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad. Tal opción implica necesariamente una proyección del principio de igualdad sobre los diversos ámbitos del ordenamiento de la realidad social, cultural y artística en que pueda generarse o perpetuarse la desigualdad. De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto.

## **2. DISPOSICIONES LEGALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA EN MATERIA DE IGUALDAD.**

En primer lugar, resulta obligada la referencia a la Ley gallega 7/2004, de 16 julio, para la igualdad de mujeres y hombres, cuya exposición de motivos subraya que la igualdad de derechos entre mujeres y hombres es una necesidad esencial en una sociedad democrática moderna que, desde todos los niveles normativos, se intenta conseguir a través de diversas medidas plasmadas en los tratados internacionales, en la normativa



comunitaria, en nuestra Constitución y en la normativa legal y reglamentaria interna. También la Comunidad Autónoma de Galicia, en su campo de competencias, se comprometió, en desarrollo de las obligaciones impuestas en el artículo 4 de la Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de autonomía para Galicia, en la defensa de la igualdad. Fruto de este compromiso surgió la Ley 3/1991, de 14 de enero, de creación del Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer y, en el ejercicio de sus funciones, la elaboración de hasta cuatro planes de igualdad de oportunidades de las mujeres gallegas. En la misma línea, desde 1994, se constituye en el Parlamento gallego la Comisión para la Igualdad y para los Derechos de las Mujeres, que elabora y emite conclusiones y dictámenes en sucesivas legislaturas en lo relativo a esta materia.

En lo relativo a las actuaciones concretas, la ley, en dos títulos, establece diversas medidas de defensa de la igualdad entre mujeres y hombres:

En el primero se regula la actuación administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad, buscando, al mismo tiempo, dar cobertura legal a actuaciones en vigor y ampliar las posibilidades de actuación, con respecto a aspectos en los que se estime necesario actuar, si bien, en aplicación de la transversalidad, no es un elenco exhaustivo, resultando factible que en el futuro se incida en otros aspectos distintos, si así se considerara necesario.

En el segundo se regulan los aspectos de la tutela antidiscriminatoria en el empleo público gallego con la intención de la asunción ejemplar, por la Xunta de Galicia, de su compromiso con el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres con relación a la totalidad del personal a su servicio. Para ello, resulta necesario un instrumento legislativo que garantice, precisamente, la uniforme aplicación de las mejoras concedidas a las distintas clases de personal.

Según el artículo 2 de la ley: *“Se buscará la eliminación absoluta de las discriminaciones directas e indirectas. A efectos de la ley, existirá discriminación directa cuando una persona sea, fuera o pudiera ser tratada de forma menos favorable que otra en situación análoga por razón de sexo, y existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto a otras por razón de sexo, salvo que se puedan justificar objetivamente*

*con una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y legítimos.”*

Especialmente importante es la protección dispensada a la maternidad (artículo 3), entendida como una necesidad social que los poderes públicos gallegos asumen y reconocen políticamente. Siendo la maternidad un bien insustituible, todas las cargas y cuidados que supone, el embarazo, el parto, la crianza, la socialización de los hijos, deben recibir ayuda directa de las instituciones públicas gallegas, a fin de no constituir discriminación gravosa para las mujeres. En este sentido, la Xunta de Galicia aplicará todas sus competencias para conseguir que se materialice, en la práctica, el principio mencionado y la maternidad deje de ser carga exclusiva de las madres y motivo de discriminación para las mujeres.

El artículo 4 señala que: “ *Al efecto de promocionar la igualdad entre mujeres y hombres, no se considerarán discriminatorias las medidas especiales encaminadas a acelerar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, sin que, en ningún caso, estas medidas puedan suponer, como consecuencia práctica, el mantenimiento de regulaciones separadas. Las medidas de acción positiva se mantendrán mientras no estén plenamente logrados los objetivos de igualdad de oportunidades.”*

Según el artículo 6, “*Con la doble finalidad de promover la igualdad y eliminar las discriminaciones entre mujeres y hombres, la Xunta de Galicia integrará la dimensión de la igualdad de oportunidades en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y de todas las acciones desarrolladas en el ejercicio de las competencias asumidas de conformidad con el Estatuto de Autonomía para Galicia.*

*En la aplicación de ese principio de integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y de todas las acciones de su competencia, o principio de transversalidad, la Xunta de Galicia establece como criterios generales de su actuación:*

*a) El fomento de la colaboración entre los diversos sujetos implicados en la igualdad de oportunidades, se trate de sujetos públicos de ámbito internacional, comunitario, estatal, autonómico, provincial o local, o se trate de sujetos privados, como los partidos políticos, los sindicatos de trabajadores o trabajadoras, las asociaciones de empresariado o los*

*colegios profesionales y, especialmente, la colaboración se fomentará con relación a las asociaciones y grupos de mujeres. La colaboración también se fomentará en el campo de las relaciones entre los diversos organismos administrativos integrados en la Xunta de Galicia.*

*b) La consecución de la igualdad de oportunidades en la política económica, laboral y social, buscando, en especial, la supresión de las diferencias salariales por razón de sexo y el fomento del empleo femenino por cuenta propia o ajena.*

*c) La conciliación del empleo y de la vida familiar de las mujeres y hombres y el fomento de la individualización de los derechos tendentes a esa conciliación.*

*d) El fomento de una participación equilibrada de las mujeres y hombres en la toma de decisiones y la elaboración de estrategias para el empoderamiento de las mujeres.*

*e) La garantía de la dignidad de las mujeres y hombres, con especial incidencia en la adopción de acciones tendentes a la erradicación de todas las formas de violencia de género -violencia doméstica, delitos sexuales, acoso sexual, explotación sexual-.*

*f) La garantía del ejercicio de los derechos de las mujeres, a través, entre otras medidas, de la difusión de información sobre la igualdad de oportunidades y de la colaboración con los órganos judiciales cuando proceda según la legislación.”*

Como medidas de especial relevancia hay que destacar:

- Informe sobre el impacto de género en la elaboración de las leyes (artículo 7): a los proyectos de ley presentados en el Parlamento gallego por la Xunta de Galicia se adjuntará un informe sobre su impacto de género elaborado por el Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer. Si no se adjuntara o si se tratara de una proposición de ley presentada en el Parlamento gallego, éste requerirá, antes de la discusión parlamentaria, su remisión a la Xunta de Galicia, quien dictaminará en el plazo de un mes; transcurrido este plazo, la proposición seguirá su curso.
- Informe sobre el impacto de género en la elaboración de los reglamentos (artículo 8): los reglamentos con repercusión en cuestiones de género elaborados por la Xunta de Galicia también exigirán, antes de su aprobación, la emisión de un informe sobre su

impacto de género elaborado por el Servicio Gallego de Promoción de la Igualdad del Hombre y de la Mujer. Dicho informe no será vinculante.

La ley apuesta por la erradicación de los prejuicios en los centros docentes, por incentivar la formación de agentes y promotores de igualdad de mujeres y hombres, garantizar (a través de los medios de comunicación de titularidad autonómica, y promover a través de aquéllos en que participe o subvencione), condicionando la efectividad de la subvención, la emisión de programas tendentes a erradicar todas las formas de violencia de género, y realizará, de forma periódica, campañas institucionales de sensibilización contra la violencia de género. Además, la Xunta de Galicia promoverá el acceso de mujeres y de hombres a las nuevas tecnologías en condiciones de igualdad de oportunidades y la transmisión, a través de los contenidos de esas nuevas tecnologías, de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de las funciones de las mujeres y de los hombres en la sociedad; y apostará por un uso no sexista del lenguaje, con la finalidad de mejorar el bienestar de las familias y de facilitar la incorporación y la permanencia de las mujeres en el mercado laboral. La Xunta de Galicia asume una política de socialización de las cargas parentales y familiares, instrumentada a través de un Plan integral de apoyo a la familia, el cual incluirá, entre otras medidas: la ampliación de la red pública de guarderías, subvencionando el acceso de los hijos e hijas de familias con escasos recursos económicos; la atención en los colegios públicos a menores de doce años en horarios más extensos respecto a los lectivos, en colaboración con las asociaciones de madres y padres del alumnado; la implantación de servicios de comedor en las guarderías y colegios públicos, en colaboración con las asociaciones de madres y padres del alumnado, así como la dotación de servicio de acompañante en el transporte escolar de los menores de seis años; la creación de guarderías y de escuelas infantiles dentro o cerca de parques empresariales, el fomento de medidas de apoyo a familias con personas dependientes, con especial atención a la tercera edad, mediante centros adecuados a la satisfacción de las diferentes necesidades y/o asistencia domiciliaria, medidas fiscales de apoyo a la familia, accesibles, mediante sistemas sustitutivos, a favor de quien no tenga la obligación de declarar.

La Administración pública gallega fomentará, a través de las medidas contenidas en los siguientes artículos de este capítulo, la composición equilibrada entre los sexos del personal funcionario, eventual, interino, estatutario o laboral a su servicio, tanto a nivel global como a nivel de cada cuerpo, escala, grupo o categoría y, en especial, fomentará el acceso de las mujeres a los puestos de grado superior y, a estos efectos, las medidas contenidas en los siguientes artículos de este capítulo se aplicarán también en las pruebas de promoción interna. La Administración pública gallega también garantizará la igualdad de retribuciones salariales y extrasalariales entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo público para satisfacer el principio de igual retribución por trabajo de igual valor.

El artículo 39 señala que: *“Para alcanzar una plena eficacia del principio de igual retribución por trabajo de igual valor se realizarán valoraciones técnicas a cargo de personal especializado de las plazas de funcionarios y funcionarias y/o de los puestos de trabajadores y trabajadoras cuando en los cuerpos, escalas, grupos o categorías objeto de comparación se observe en uno la predominancia de mujeres y en otro la predominancia de hombres, entendiéndose la existencia de predominancia, a los efectos del anterior apartado, cuando en el cuerpo, escala, grupo o categoría exista una diferencia porcentual de, por lo menos, veinte puntos entre el número de mujeres y el número de hombres.”*

Es preciso destacar como piedra de toque de esta ley la regulación de los derechos de la mujer para lograr la conciliación de la vida familiar y laboral, en su artículo 41 y siguientes:

Según el artículo 42, *“La Administración pública gallega, mediante las ayudas que se establezcan, reconoce al personal a su servicio el complemento hasta el cien por cien de la base reguladora del subsidio económico por riesgo durante el embarazo, reconociéndolo aun cuando la trabajadora no reuniera las exigencias para acceder al subsidio económico de riesgo durante el embarazo. Asimismo, y aun cuando la trabajadora no reuniera las exigencias para acceder al subsidio económico por maternidad, se garantizará la percepción del cien por cien de su base reguladora durante el período de las seis semanas desde el nacimiento del hijo o hija”*. Según el artículo 42.bis *“la Administración pública gallega reconoce al personal a su servicio un permiso retribuido para tratamientos de fecundación asistida por el tiempo necesario para su práctica, con aviso previo y justificación de la necesidad de realización dentro de la jornada de trabajo. Si fuera*

*necesario un desplazamiento, el permiso será de dos días". El artículo 42.ter regula el crédito de horas sustitutivas del permiso de lactancia; el artículo 43 regula la preferencia en la elección del período de vacaciones y el artículo 44 se ocupa de la flexibilidad horaria de la jornada por motivos familiares.*

La Administración pública gallega se compromete también, según el artículo 47, a la erradicación, dentro del personal a su servicio, del acoso moral por razón de género. A los efectos de la presente ley, éste se define como cualquier acción u omisión relacionada con el género y, en especial, con las situaciones de maternidad o de asunción de otras cargas familiares que tengan como finalidad o como consecuencia atentar contra la dignidad de la persona, sea mujer u hombre, a través de la creación de un entorno intimidatorio, hostil, humillante u ofensivo, etc.

En segundo lugar, hay que referirse a la **Ley 2/2007, de 28 marzo, que aprueba las normas reguladoras del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia**. El artículo 1 señala que: "*1. La presente ley tiene por objeto la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las competencias autonómicas sobre empleo y relaciones laborales.*

*2. El ejercicio de las competencias autonómicas sobre empleo y relaciones laborales se regirá por la aplicación transversal del principio de igualdad.*

*3. Se fomentará la colaboración entre los diversos sujetos implicados en la igualdad de oportunidades, se trate de sujetos públicos a nivel internacional, comunitario, estatal, autonómico, provincial o local, o se trate de sujetos privados, como los sindicatos de trabajadores y trabajadoras, las asociaciones de empresarios y empresarias o los colegios de profesionales y, especialmente, la colaboración se fomentará con relación a las asociaciones y grupos que componen el movimiento de mujeres."*

El artículo 2 dispone que "*la Xunta de Galicia integrará la dimensión de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, tanto dentro del ámbito del empleo privado como dentro del ámbito del empleo público, en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y todas las acciones en el ejercicio de las competencias asumidas en relación al acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, la formación profesional, la promoción profesional, las condiciones de trabajo -incluidas las retributivas- y la*

*afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales o en cualquier organización cuyas y cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones que se concedan. Esa labor de integración corresponderá a los departamentos de la Administración autonómica competentes en materia de trabajo y en función pública, con la colaboración del departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad”*

El artículo 5 afirma que: *“Con vistas al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, como manifestación del derecho de las mujeres y hombres a la libre configuración de su tiempo, se promoverá la corresponsabilidad a través del reparto entre mujeres y hombres de las obligaciones familiares, las tareas domésticas y el cuidado de personas dependientes mediante la individualización de los derechos y el fomento de su asunción por parte de los hombres y la prohibición de discriminación basada en su libre ejercicio”.*

El artículo 7 regula la unidad administrativa de igualdad del departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo y señala que *estará adscrita a su secretaría general, coordinada y vinculada funcionalmente con el departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad. Esta unidad estará dotada de personal funcionario o laboral con experiencia y formación acreditada en materia de igualdad entre mujeres y hombres.*

El artículo 9 se ocupa de los planes de igualdad, señalando que *“Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de haberse realizado un diagnóstico de la realidad desde la perspectiva de género, tendentes a alcanzar en la totalidad de los ámbitos de la empresa el objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de la discriminación por razón de sexo, las cuales han de comprender:*

*1.º) La fijación de objetivos concretos de igualdad dentro de unos plazos de tiempo razonables, especificando los indicadores del cumplimiento de los objetivos e identificando los órganos o personas responsables.*



*2.º) Un código de las buenas prácticas necesarias o convenientes para alcanzar los objetivos asumidos a través de la integración de la dimensión de igualdad en la organización del trabajo y la gestión empresarial.*

*3.º) El establecimiento de sistemas eficaces de control interno y evaluación externa sobre cumplimiento de los objetivos, así como de mecanismos de readaptación de esos objetivos en función de los resultados obtenidos.”*

El artículo 11 establece que: “*Los planes de igualdad serán obligatorios para la Administración autonómica, sus organismos autónomos, las sociedades públicas, las fundaciones del sector público autonómico, las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de la comunidad autónoma y los organismos con dotación diferenciada en los presupuestos de la comunidad autónoma que, careciendo de personalidad jurídica, no estén formalmente integrados en la Administración de la Comunidad Autónoma y también serán obligatorios en los términos pactados cuando se establezca en un convenio colectivo de ámbito superior a la empresa con respecto a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación o en un convenio de empresa de cualquier ámbito”.*

El artículo 13, por su parte, establece que: “*Las empresas podrán asumir acciones de responsabilidad social con la finalidad de mejorar la situación de igualdad entre las mujeres y hombres. Tales acciones podrán ser asumidas en virtud de una libre decisión de la empresa o en virtud de un compromiso adquirido con la representación legal de trabajadores y trabajadoras, con cualquier organismo público y, en especial, con el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo o el departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad, con asociaciones de mujeres o con organizaciones no gubernamentales implicadas en la igualdad de trato entre mujeres y hombres, acciones de responsabilidad social, a través de medidas económicas, comerciales, laborales, sindicales, asistenciales o de otra índole, con la finalidad de mejorar la situación de igualdad entre las mujeres y hombres en su entorno social.”*

En cuanto a las empresas con consejos de administración domiciliadas en Galicia, el artículo 15 establece que estas remitirán, dentro del mes de enero de cada año natural, información desglosada por sexos sobre la composición de sus consejos de administración



al departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo. Cualquier otra empresa con agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en Galicia, voluntariamente, podrá remitir tal información al departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo.

La ley regula, en sus artículos 16 y siguientes, la Marca gallega de excelencia en igualdad. Así, según el artículo 16, *“La Marca gallega de excelencia en igualdad es un distintivo a través del cual la Xunta de Galicia reconoce a aquellas empresas que destaquen en la aplicación de las políticas de igualdad.*

*Podrán optar a la calificación de Marca gallega de excelencia en igualdad, para sus productos o sus servicios, las empresas, sean de capital privado o capital público, que tengan su domicilio en Galicia o con agencia, sucursal, delegación o cualquier otra representación en Galicia, siempre que, a la vez, hubieran contratado personal en Galicia. Para obtener la Marca gallega de excelencia en igualdad, las empresas deberán presentar en el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo un balance sobre los parámetros de igualdad real existentes en su organización y en su funcionamiento con respecto a las relaciones de trabajo y a la publicidad de los productos y servicios prestados por la empresa”.*

Del mismo modo, el artículo 21 señala que: *“La Alianza Cooperativa Internacional establece que las cooperativas están basadas en los valores de la autoayuda, autorresponsabilidad, democracia, igualdad, equidad y solidaridad; por tanto, en consonancia con estos principios y con la consideración entre ellos de la igualdad y de la no discriminación como valor fundamental, los socios y socias de las sociedades cooperativas gallegas tienen las mismas obligaciones y derechos, producto de la aplicación, tanto por los poderes públicos como entre los sujetos privados, de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia”.*

La ley apuesta también por la promoción de la igualdad en el ámbito de la negociación colectiva y de las relaciones colectivas de trabajo, señalando en su artículo 22.1 que *“La Comisión Consultiva Autonómica para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la Negociación Colectiva, adscrita orgánicamente al Consejo Gallego de Relaciones Laborales,*

*es un órgano de asesoramiento, control y promoción de la igualdad por razón de género en la negociación colectiva gallega.”*

Destaca también lo establecido por el artículo 26, que dispone que: *“En el ejercicio de las competencias de control de legalidad de los convenios colectivos establecidas en el artículo 90 del Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo solicitará un informe a la Comisión Consultiva Autonómica para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la Negociación Colectiva. La impugnación de oficio de los convenios colectivos que contengan cláusulas discriminatorias o atenten contra el principio de igualdad de oportunidades será realizada por el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente.”*

Por su parte, el título IV se establece la integración de la igualdad en el empleo y, en concreto, en la formación profesional y en las políticas activas de empleo, contemplando que en cualquier actividad formativa se podrán implantar medidas de acción positiva, se introducirán contenidos obligatorios sobre igualdad de oportunidades y sobre corresponsabilidad familiar y doméstica, con profesorado especializado y, en todo caso, se fomentará la conciliación de la vida personal, familiar y laboral del alumnado, en el ámbito de actuación del departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo. Las actividades formativas procurarán acomodar sus horarios y su ubicación a las necesidades de conciliación de la vida personal, familiar y formativa del alumnado al que fueran dirigidas.

En el título V, sobre integración de la igualdad en la política preventiva de riesgos laborales, pretenden evitarse desigualdades en la prevención, promoviendo la realización de estudios estadísticos que permitan disponer de datos desglosados por sexo en el ámbito de la salud laboral, estudiando accidentes de trabajo y enfermedades profesionales manifestadas sobre uno de los sexos, investigando la influencia de la situación de mujeres y hombres en la familia con relación a las enfermedades laborales, estableciendo formación específica en materia de salud laboral y prevención de riesgos desde la

perspectiva de género y adaptando equipos de protección, circunstancias del puesto de trabajo y condiciones de su ejecución a los diversos condicionantes de género.

El título VI regula los bancos municipales de tiempo y los planes de programación del tiempo de la ciudad, medidas cuya gestión será municipal, contando con el apoyo del departamento de la Administración autonómica con competencias en materia de trabajo, con las cuales se pretende mejorar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

El título VII regula el Consejo Gallego de Participación de las Mujeres en el Ámbito del Empleo y de las Relaciones Laborales, órgano de participación mediante un canal de libre adhesión de las asociaciones de mujeres, donde se integrarán las secretarías de la mujer de los sindicatos y de la Confederación de Empresarios y Empresarias de Galicia y con representación del departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad, determinándose sus competencias, sus normas de funcionamiento y la forma de adhesión al mismo, así como las formas de financiación para su funcionamiento.

Dentro de la normativa autonómica, cabe citar también en tercer lugar el Decreto 33/2007, de 1 marzo, que crea la Unidad de Mujer y Ciencia de Galicia. Dicha unidad tendrá como finalidad incrementar la presencia de la mujer en los ámbitos científico y tecnológico de Galicia. Sus actuaciones irán encaminadas, en una perspectiva integral, a promover la eliminación de los desequilibrios que puedan existir en lo relativo a la formación científica, en el ámbito de la investigación e innovación y en la gestión de la I+D+i, así como a situar en los estudios y actividades científicas la perspectiva de género en un primer plano.

El Decreto 33/2009, de 21 enero, que regula la promoción de la igualdad en las empresas y la integración del principio de igualdad en las políticas de empleo, en su artículo 1 señala que: *"El objeto del decreto es el desarrollo reglamentario de las medidas de igualdad en las empresas de Galicia previstas en el título II de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia, así como el desarrollo reglamentario de las medidas para la integración del principio de igualdad en las políticas de empleo, recogidas en el título IV de la misma ley.*

La Ley 5/2010, de 23 de junio, por la que se establece y regula una red de apoyo a la mujer embarazada, es el resultado de una iniciativa legislativa popular promovida por

miles de gallegas y gallegos, iniciativa que supone una llamada de atención sobre lo difícil que puede resultar a determinadas mujeres llevar adelante el embarazo.

Y la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

### **3. POLÍTICAS CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. LEY 1/2004, DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.**

La Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, insta a los Estados miembros a que mejoren sus legislaciones y políticas nacionales destinadas a combatir todas las formas de violencia contra la mujer, en particular a través del desarrollo de planes globales de acción de ámbito nacional contra la violencia practicada contra las mujeres basados en un análisis de las implicaciones de la violencia contra las mujeres en la igualdad de género y en las obligaciones de los Estados miembros derivadas de tratados internacionales para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres, y que incluyan medidas concretas destinadas a prevenir la violencia masculina, proteger a las víctimas y perseguir a los autores

Antes de dicha resolución, en España se dictó la **Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género**. Esta ley fue pionera e intenta abarcar, tal y como se explica en su exposición de motivos, los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las administraciones públicas. Igualmente, se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta ley regula.

El artículo 1.1 dispone que: *"La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia."*

A lo largo de cinco títulos, la ley prevé:

El título I se ocupa de las **medidas de sensibilización, prevención y detección en los ámbitos educativo, sanitario, de la publicidad y de los medios de comunicación**. El artículo 3 dispone que *de manera inmediata a la entrada en vigor de esta ley, con la consiguiente dotación presupuestaria, se pondrá en marcha un Plan nacional de sensibilización y prevención de la violencia de género y se impulsarán, además, campañas de información y sensibilización específicas con el fin de prevenir la violencia de género.*

En el **ámbito educativo**, el artículo 4 dice que: *“El sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia”*. El artículo 5. Escolarización inmediata en caso de violencia de género: *“Las administraciones competentes deberán prever la escolarización inmediata de los hijos que se vean afectados por un cambio de residencia derivada de actos de violencia de género.”*

En el **ámbito de la publicidad y los medios de comunicación**, el artículo 14 dispone que: *“Los medios de comunicación fomentarán la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer, evitando toda discriminación entre ellos.*

En el **ámbito sanitario**, el artículo 15 dispone que: *“Las administraciones sanitarias, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, promoverán e impulsarán actuaciones de los profesionales sanitarios para la detección precoz de la violencia de género y propondrán las medidas que estimen necesarias a fin de optimizar la contribución del sector sanitario en la lucha contra este tipo de violencia”*

El título II regula los **derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, entre los que se** cuentan:

- **Derecho a la información** (artículo 18: *“Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las administraciones públicas”,*



- **Derecho a la asistencia social integral** (artículo 19: *"las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral. La organización de estos servicios por parte de las comunidades autónomas y las corporaciones locales, responderá a los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional"*).
- **Derecho a la asistencia jurídica gratuita** (artículo 20: *"las víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir asesoramiento jurídico gratuito en el momento inmediatamente previo a la interposición de la denuncia y a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos, una misma dirección letrada deberá asumir la defensa de la víctima, siempre que con ello se garantice debidamente su derecho de defensa. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima, siempre que no fueran partícipes en los hechos. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten. (...) Igualmente, los colegios de abogados adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de letrado de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género"*).
- **Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social.** Artículo 21: *"1. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo. 2. En los términos previstos en la Ley general de seguridad social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo previstas en el apartado anterior darán lugar a situación legal de desempleo. El tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social y de desempleo. 3. Las empresas que formalicen contratos de*



*interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social.*

- **Derechos de las funcionarias públicas.** Artículo 24: *“La funcionaria víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica. En la reciente Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia, se establece en su artículo 82. “Movilidad por razón de violencia de género. Las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. Aun así, en tales supuestos la Administración pública competente estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite. Este traslado tendrá la consideración de traslado forzoso.”*
- **Derechos económicos.** Artículo 27: *“Cuando las víctimas de violencia de género careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional” . Además, tendrán la consideración de colectivos prioritarios en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores, en los términos que determine la legislación aplicable de acuerdo con el artículo 28.*

El título III regula la tutela institucional, con cuatro elementos fundamentales:

- Artículo 29. La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, formulará las políticas públicas en relación con la violencia de género a desarrollar por el Gobierno y coordinará e impulsará cuantas acciones se realicen en dicha materia, trabajando en colaboración y coordinación con las administraciones con competencia en la materia.
- Artículo 30 Se constituirá el **Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer**, como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al que corresponderá el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes, estudios y propuestas de actuación en materia de violencia de género. Estos informes, estudios y propuestas considerarán de forma especial la situación de las mujeres con mayor riesgo de sufrir violencia de género o con mayores dificultades para acceder a los servicios. En cualquier caso, los datos contenidos en dichos informes, estudios y propuestas se consignarán desglosados por sexo.
- Artículo 31. El Gobierno establecerá, en las **fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado**, unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas.
- Artículo 32. Los poderes públicos elaborarán **planes de colaboración** que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las administraciones sanitarias, la Administración de justicia, las fuerzas y cuerpos de seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad.

El título IV se ocupa de la tutela penal y modifica los artículos del Código penal referidos a la suspensión y sustitución de penas; delitos de lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones; quebrantamiento de condena; vejaciones leves y administración penitenciaria.

El título V regula la tutela judicial, y crea los juzgados de violencia sobre la mujer y el fiscal contra la violencia sobre la mujer; modifica las leyes de enjuiciamiento civil y penal y las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas.

El Real decreto 233/2005, de 4 de marzo, por el que se dispone la creación y constitución de juzgados de violencia sobre la mujer correspondientes a la programación del año 2005,



cuya exposición de motivos señala que: “El Gobierno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46 ter de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y de planta judicial, procederá de forma escalonada a la creación y constitución de los juzgados de violencia sobre la mujer, así como a la compatibilización de juzgados de instrucción o de juzgados de primera instancia e instrucción, en su caso, para la plena efectividad de la planta correspondiente a los juzgados de violencia sobre la mujer.”

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Galicia, el artículo 4 del Estatuto de autonomía para Galicia señala que corresponde a los poderes públicos gallegos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de las gallegas y los gallegos en la vida política, económica, cultural y social; y de conformidad con el artículo 27.23 del Estatuto de Autonomía, la Comunidad Autónoma de Galicia ostenta competencias exclusivas en materia de asistencia social. Al amparo de dichas competencias se dicta la Ley de violencia de género de Galicia, Ley 11/2007, de 27 de julio. Constituye el objeto de la presente ley la adopción en Galicia de medidas integrales para la sensibilización, prevención y tratamiento de la violencia de género, así como la protección y apoyo a las mujeres que la sufren. El artículo 2 dispone que: “Las medidas contempladas en la presente ley serán de aplicación a todas las mujeres que vivan, residan o trabajen en Galicia y que se encuentren en una situación de violencia de género, así como a sus hijas e hijos y a otras personas dependientes de ellas, víctimas directas e indirectas”.

Según el artículo 3 de dicha ley, se consideran formas de violencia de género la violencia física, psicológica, económica, sexual y el acoso sexual.

El artículo 5 regula la acreditación de la situación de violencia de género y señala que: “*A los efectos de la presente ley, la situación de violencia se acreditará por cualquiera de las siguientes formas:*

*a) Certificación de la orden de protección o de la medida cautelar, o testimonio o copia autenticada por la secretaria o el secretario judicial de la propia orden de protección o de la medida cautelar.*

- b) Sentencia de cualquier orden jurisdiccional que declare que la mujer ha sufrido violencia en cualquiera de las modalidades definidas en la presente ley.*
- c) Certificación y/o informe de los servicios sociales y/o sanitarios de la Administración pública autonómica o local.*
- d) Certificación de los servicios de acogida de la Administración pública autonómica o local.*
- e) Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia.*
- f) Informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social.*
- g) Cualesquiera otras que se establezcan reglamentariamente.”*

En el título I se regulan las **medidas de prevención de la violencia de género**. A lo largo de los tres capítulos de este título se abordan, en primer lugar, las medidas precisas para una adecuada sensibilización social frente a este problema, así como el papel primordial que deben cumplir los medios de comunicación social en este ámbito; en segundo lugar, las medidas de investigación y formación y, en tercer lugar, las medidas a adoptar en el ámbito de la educación reglada, entre las que cabe destacar la revisión y adaptación del currículo educativo.

El título II regula las **acciones de los poderes públicos y de las y los profesionales precisas para proteger y asistir a las mujeres que sufren violencia de género**. Para ello, se garantiza una asistencia sanitaria, jurídica, social y psicológica integral a las mujeres que sufran violencia. Los dispositivos de alarma (teleasistencia) y los programas de reeducación son también instrumentos básicos para proteger a aquellas que sufran violencia. Ahora bien, todas estas medidas no son suficientes si al final las víctimas carecen de los recursos precisos para iniciar una nueva vida en libertad y alejada de sus agresores. Con este fin, y siguiendo el camino abierto por la prestación periódica de apoyo a las mujeres que sufren violencia de género (salario de la libertad), no sólo se regulan prestaciones económicas, sino también un proceso abreviado para la obtención de la Risga y ayudas escolares para las hijas e hijos que hayan sufrido violencia en su entorno. Con el mismo fin, se crea el Fondo Gallego de Garantía de Indemnizaciones y se establecen acciones en materia de acceso a una vivienda digna.

El título III **se dedica a la organización del sistema de protección y asistencia integral y especializada frente a la violencia de género.** En ese ámbito cabe destacar la creación del Centro de Recuperación Integral para Mujeres que sufren Violencia de Género y de las oficinas de información a las víctimas de los delitos.

**MANUEL FUERTES CARBALLEIRA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 38**

**DISCAPACIDAD. LA DEFINICIÓN DE DISCAPACIDAD SEGÚN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL: CONSIDERACIÓN DE PERSONA CON DISCAPACIDAD Y DERECHOS. LA NORMATIVA REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO, DECLARACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD.**

**TEMA 38. DISCAPACIDAD. LA DEFINICIÓN DE DISCAPACIDAD SEGÚN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL: CONSIDERACIÓN DE PERSONA CON DISCAPACIDAD Y DERECHOS. LA NORMATIVA REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO, DECLARACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD.**

**1. DISCAPACIDAD. DEFINICIÓN DE DISCAPACIDAD CONFORME A LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD.**

Según la Organización Mundial de la Salud, la discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive.

Según el Informe mundial sobre la discapacidad de la Organización Mundial de la Salud y del Banco Mundial, la discapacidad forma parte de la condición humana: casi todas las personas sufrirán algún tipo de discapacidad transitoria o permanente en algún momento de su vida, y las que lleguen a la senilidad experimentarán dificultades crecientes de funcionamiento. La discapacidad es compleja, y las intervenciones para superar las desventajas asociadas a ella son múltiples, sistémicas y varían según el contexto.

Este informe reúne la mejor información disponible sobre la discapacidad con el fin de mejorar la vida de las personas con discapacidad y facilitar la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por las Naciones Unidas en 2006, que pretende “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. La

CDPD se hace eco de un cambio importante en la comprensión de la discapacidad y en las respuestas mundiales a este problema.

En este informe se ofrece a los gobiernos y la sociedad civil un análisis exhaustivo de la importancia de la discapacidad y de las respuestas proporcionadas, basado en las mejores pruebas disponibles, y se recomienda la adopción de medidas de alcance nacional e internacional.

La Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud (CIF), adoptada como marco conceptual para el Informe, define la discapacidad como un término genérico que engloba deficiencias, limitaciones de actividad y restricciones para la participación. La discapacidad denota los aspectos negativos de la interacción entre personas con un problema de salud (como parálisis cerebral, síndrome de Down o depresión) y factores personales y ambientales (como actitudes negativas, transporte y edificios públicos inaccesibles, y falta de apoyo social).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue ratificada por España mediante Instrumento de 23 de noviembre de 2007. Aprobada tras cinco años de intensas negociaciones, constituye un hito legislativo, pues no sólo es el primer tratado sobre derechos humanos del siglo XXI, sino que marca el reconocimiento oficial de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos al confirmar el cambio radical de paradigma: de un modelo médico/caritativo a un modelo de derechos humanos/social.

El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Resulta nuclear el artículo 12, que se refiere a la capacidad jurídica de las personas, bajo el epígrafe: «Igual reconocimiento como persona ante la ley», para establecer que los Estados parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y que reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, así como que adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica y asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la

capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico citamos el artículo 49 de la Constitución que dispone que: «*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos*». Por otro lado, en el código civil se regula el tema de la incapacitación en los artículos 199 a 201 de la siguiente forma.

*Artículo 199. Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.*

*Artículo 200. Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.*

*Artículo 201. Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.*

En la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 29 de abril de 2009 (JUR 2009, 218033), donde se planteaba por el Ministerio Fiscal si el actual sistema de incapacitación, regido en los artículos 199 y 200 CC, es acorde con la expresada Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se concluye en la adecuación al sistema convencional internacional, considerando dos requerimientos: 1º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección... y, 2º La

incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias.

## **2. REAL DECRETO 1/2013, DE 29 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DE SU INCLUSIÓN SOCIAL: CONSIDERACIÓN DE PERSONA CON DISCAPACIDAD Y DERECHOS.**

Según el artículo 1, esta ley tiene por objeto:

- a) Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.*
- b) Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.*

Los principios de la ley serán, según su artículo 3:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas.*
- b) La vida independiente.*
- c) La no discriminación.*
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas.*
- e) La igualdad de oportunidades.*
- f) La igualdad entre mujeres y hombres.*
- g) La normalización.*



*h) La accesibilidad universal.*

*i) Diseño universal o diseño para todas las personas.*

*j) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.*

*k) El diálogo civil.*

*l) El respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.*

*m) La transversalidad de las políticas en materia de discapacidad.*

Según el artículo 6 *El ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad se realizará de acuerdo con el principio de libertad en la toma de decisiones.*

El artículo 7 establece que ***Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás ciudadanos conforme a nuestro ordenamiento jurídico.***

*2. Para hacer efectivo este derecho a la igualdad, las administraciones públicas promoverán las medidas necesarias para que el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos de las personas con discapacidad sea real y efectivo en todos los ámbitos de la vida.*

*3. Las administraciones públicas protegerán de forma especialmente intensa los derechos de las personas con discapacidad en materia de igualdad entre mujeres y hombres, salud, empleo, protección social, educación, tutela judicial efectiva, movilidad, comunicación, información y acceso a la cultura, al deporte, al ocio, así como de participación en los asuntos públicos, en los términos previstos en este título y demás normativa que sea de aplicación.*

*4. Asimismo, las administraciones públicas protegerán de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como las niñas, niños y mujeres con discapacidad, mayores con discapacidad, mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género, personas con pluridiscapacidad u otras personas con discapacidad integrantes de minorías.*

Artículo 8. Sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad

1. *La acción protectora del sistema especial de prestaciones sociales y económicas para las personas con discapacidad que, por no desarrollar una actividad laboral, no están incluidas en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, comprenderá:*

*a) Asistencia sanitaria y prestación farmacéutica.*

*b) Subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte.*

*c) Recuperación profesional.*

*d) Rehabilitación y habilitación profesionales.*

Pasamos a continuación a desarrollar los derechos que tienen las personas con discapacidad.

- **Derecho a la protección de la salud** Artículo 10. 1. Las personas con discapacidad tienen derecho a la protección de la salud, incluyendo la prevención de la enfermedad y la protección, promoción y recuperación de la salud, sin discriminación por motivo o por razón de discapacidad, prestando especial atención a la salud mental y a la salud sexual y reproductiva.

Artículo 11. Prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades

1. La prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades constituye un derecho y un deber de todo ciudadano y de la sociedad en su conjunto y formará parte de las obligaciones prioritarias del Estado en el campo de la salud pública y de los servicios sociales. La prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades atenderá a la diversidad de las personas con discapacidad, dando un tratamiento diferenciado según las necesidades específicas de cada persona.

- **De la atención integral.** Artículo 13.

1. Se entiende por atención integral los procesos o cualquier otra medida de intervención dirigidos a que las personas con discapacidad adquieran su máximo nivel de desarrollo y autonomía personal, y a lograr y mantener su máxima independencia, capacidad física,

mental y social, y su inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, así como la obtención de un empleo adecuado.

2. Los programas de atención integral podrán comprender:

- a) Habilitación o rehabilitación médico-funcional.
- b) Atención, tratamiento y orientación psicológica.
- c) Educación.
- d) Apoyo para la actividad profesional.

3. Estos programas deberán comenzar en la etapa más temprana posible y basarse en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona con discapacidad, así como de las oportunidades del entorno, considerando las adaptaciones o adecuaciones oportunas y los apoyos a la toma de decisiones y a la promoción de la autonomía personal.

4. Las administraciones públicas velarán por el mantenimiento de unos servicios de atención adecuados, mediante la coordinación de los recursos y servicios de habilitación y rehabilitación en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, con el fin de garantizar a las personas con discapacidad una oferta de servicios y programas próxima, en el entorno en el que se desarrolle su vida, suficiente y diversificada, tanto en zonas rurales como urbanas.

- **Derecho a la educación** Artículo 18. 1. Las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Corresponde a las administraciones educativas asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles educativos, así como la enseñanza a lo largo de la vida y garantizar un puesto escolar a los alumnos con discapacidad en la educación básica, prestando atención a la diversidad de necesidades educativas del alumnado con discapacidad, mediante la regulación de apoyos y ajustes razonables para la atención de quienes precisen una atención especial de aprendizaje o de inclusión.

3. La escolarización de este alumnado en centros de educación especial o unidades sustitutorias de los mismos sólo se llevará a cabo cuando excepcionalmente sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios y tomando en consideración la opinión de los padres o tutores legales.

- **Derecho a la vida independiente** Artículo 22. Accesibilidad 1. Las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Para ello, los poderes públicos adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como los medios de comunicación social y en otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales.

Artículo 23 2. Las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación establecerán, para cada ámbito o área, medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones, y para compensar desventajas o dificultades. Se incluirán disposiciones sobre, al menos, los siguientes aspectos:

- a) Exigencias de accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área. En particular, la supresión de barreras a las instalaciones y la adaptación de equipos e instrumentos, así como la apropiada señalización en los mismos.
- b) Condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de los recursos de cada ámbito o área y condiciones de no discriminación en normas, criterios y prácticas.
- c) Apoyos complementarios, tales como ayudas económicas, productos y tecnologías de apoyo, servicios o tratamientos especializados, otros servicios personales, así como otras formas de apoyo personal o animal. En particular, ayudas y servicios auxiliares para la comunicación, como sistemas aumentativos y alternativos, braille, dispositivos multimedia de fácil acceso, sistemas de apoyos a la comunicación oral y lengua de signos, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación.

d) La adopción de normas internas en las empresas o centros que promuevan y estimulen la eliminación de desventajas o situaciones generales de discriminación a las personas con discapacidad, incluidos los ajustes razonables.

e) Planes y calendario para la implantación de las exigencias de accesibilidad y para el establecimiento de las condiciones más favorables y de no discriminación.

f) Recursos humanos y materiales para la promoción de la accesibilidad y la no discriminación en el ámbito de que se trate.

**Artículo 28. Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación en el ámbito de las relaciones con las administraciones públicas**

1. Las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación que deberán reunir las oficinas públicas, dispositivos y servicios de atención al ciudadano y aquellos de participación en los asuntos públicos, incluidos los relativos a la Administración de Justicia y a la participación en la vida política y los procesos electorales, serán exigibles en los plazos y términos establecidos reglamentariamente.

**Artículo 29. Condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público**

1. Todas las personas físicas o jurídicas que, en el sector público o en el privado, suministren bienes o servicios disponibles para el público, ofrecidos fuera del ámbito de la vida privada y familiar, estarán obligadas, en sus actividades y en las transacciones consiguientes, al cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, evitando discriminaciones, directas o indirectas, por motivo de o por razón de discapacidad.

2. Lo previsto en el apartado anterior no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su discapacidad.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados, proporcionados y necesarios.

Artículo 30. Los ayuntamientos adoptarán las medidas adecuadas para facilitar el **estacionamiento de los vehículos** automóviles pertenecientes a personas con problemas graves de movilidad, por razón de su discapacidad.

Artículo 31. Las personas con discapacidad con dificultades para utilizar transportes colectivos, que reúnan los requisitos establecidos reglamentariamente, tendrán derecho a la **percepción de un subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte**, cuya cuantía se fijará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Artículo 32. 1. En los proyectos de **viviendas protegidas**, se programará un mínimo de un cuatro por ciento con las características constructivas y de diseño adecuadas que garanticen el acceso y desenvolvimiento cómodo y seguro de las personas con discapacidad.

Artículo 33. Se considerará **rehabilitación de la vivienda**, a efectos de la obtención de subvenciones y préstamos con subvención de intereses, las reformas que las personas con discapacidad o las unidades familiares o de convivencia con algún miembro con discapacidad tengan que realizar en su vivienda habitual y permanente para que ésta resulte accesible.

Artículo 34. Otras medidas públicas de accesibilidad.

1. Las administraciones públicas habilitarán en sus presupuestos las consignaciones necesarias para la financiación de las adaptaciones en los inmuebles que de ellos dependan.
2. Al mismo tiempo, fomentarán la adaptación de los inmuebles de titularidad privada, mediante el establecimiento de ayudas, exenciones y subvenciones.
3. Además, las administraciones competentes en materia de urbanismo deberán considerar y, en su caso, incluir, la necesidad de esas adaptaciones anticipadas en los planes municipales de ordenación urbana que formulen o aprueben.
4. Los ayuntamientos deberán prever planes municipales de actuación, al objeto de adaptar las vías públicas, parques y jardines a las normas aprobadas con carácter general, viniendo obligados a destinar un porcentaje de su presupuesto a dichos fines.

- **Derecho al trabajo** Artículo 35. 1. Las personas con discapacidad tienen derecho al trabajo, en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación.
2. La garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad se regirán por lo establecido en este capítulo y en su normativa específica en el acceso al empleo, así como en el acceso a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y de despido, en la promoción profesional, la formación profesional ocupacional y continua, la formación para el empleo, y en la afiliación y la participación en las organizaciones sindicales y empresariales o la incorporación y participación en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta.
3. Existirá discriminación directa cuando una persona con discapacidad sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por motivo de su discapacidad.
4. Existirá discriminación indirecta cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral del empresario, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a las personas con discapacidad respecto de otras personas, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios, o salvo que el empresario venga obligado a adoptar medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta y de acuerdo con el artículo 40, para eliminar las desventajas que supone esa disposición, cláusula, pacto o decisión.
5. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de discapacidad, en los ámbitos del empleo, en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo.
6. El acoso por razón de discapacidad, en los términos definidos en la letra f) del artículo 2, se considera en todo caso acto discriminatorio.

7. Se considerará, igualmente, discriminación toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad.

#### Artículo 37. Tipos de empleo de las personas con discapacidad

2. Las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo a través de los siguientes tipos de empleo:

- a) Empleo ordinario, en las empresas y en las administraciones públicas, incluido los servicios de empleo con apoyo.
- b) Empleo protegido, en centros especiales de empleo y en enclaves laborales.
- c) Empleo autónomo.

3. El acceso al empleo público se regirá por lo dispuesto en la normativa reguladora de la materia.

#### Artículo 38. Orientación, colocación y registro de trabajadores con discapacidad para su inclusión laboral

1. Corresponde a los servicios públicos de empleo, bien directamente o bien a través de entidades colaboradoras, y a las agencias de colocación debidamente autorizadas, la orientación y colocación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad que se encuentren en situación de búsqueda de empleo.

2. A los efectos de aplicación de beneficios que esta ley y sus normas de desarrollo reconozcan tanto a los trabajadores con discapacidad como a las empresas que los empleen, se confeccionará, por parte de los servicios públicos de empleo y con el consentimiento previo de dichos trabajadores, **un registro de trabajadores con discapacidad demandantes de empleo**, incluidos en el registro de trabajadores desempleados.

#### Artículo 39. Ayudas a la generación de empleo de las personas con discapacidad

1. Se fomentará el empleo de las personas con discapacidad mediante el establecimiento de ayudas que faciliten su inclusión laboral.

2. Estas ayudas podrán consistir en subvenciones o préstamos para la contratación, la adaptación de los puestos de trabajo, la eliminación de todo tipo de barreras que dificulten



su acceso, movilidad, comunicación o comprensión en los centros de producción, la posibilidad de establecerse como trabajadores autónomos, bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y cuantas otras se consideren adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social.

Artículo 40. Adopción de medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo

1. Para garantizar la plena igualdad en el trabajo, el principio de igualdad de trato no impedirá que se mantengan o adopten medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por motivo de o por razón de discapacidad.
2. Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.

Artículo 41. Servicios de empleo con apoyo

Los servicios de empleo con apoyo son el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes. Los servicios de empleo con apoyo se regularán por su normativa reglamentaria.

Artículo 42. Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad

1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente, se entenderá que estarán incluidos en dicho

cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

Artículo 43. Centros especiales de empleo para la inclusión laboral de las personas con discapacidad

1. Los centros especiales de empleo son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar una actividad productiva de bienes o de servicios, participando regularmente en las operaciones del mercado, y tienen como finalidad el asegurar un empleo remunerado para las personas con discapacidad; a la vez que son un medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario. Igualmente, los centros especiales de empleo deberán prestar, a través de las unidades de apoyo, los servicios de ajuste personal y social que requieran las personas trabajadoras con discapacidad, según sus circunstancias y conforme a lo que se determine reglamentariamente.

2. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70 por 100 de aquélla. A estos efectos no se contemplará el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva.

3. La relación laboral de los trabajadores con discapacidad que presten sus servicios en los centros especiales de empleo es de carácter especial, conforme al artículo 2.1.g) de Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y se rige por su normativa específica.

- **Derecho a la protección social** Artículo 48. Las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a unos servicios y prestaciones sociales que atiendan con garantías

de suficiencia y sostenibilidad sus necesidades, dirigidos al desarrollo de su personalidad y su inclusión en la comunidad, incrementando su calidad de vida y bienestar social.

#### Artículo 49. Criterios de aplicación de la protección social

1. Los servicios sociales para personas con discapacidad y sus familias podrán ser prestados tanto por las administraciones públicas como por entidades sin ánimo de lucro a través de los cauces y mediante los recursos humanos, financieros y técnicos necesarios.
2. La prestación de los servicios sociales respetará al máximo la permanencia de las personas con discapacidad en su medio familiar y en su entorno geográfico, teniendo en cuenta las barreras específicas de quienes habiten en zonas rurales.
3. Se promoverá la participación de las propias personas con discapacidad en las tareas comunes de convivencia, de dirección y de control de los servicios sociales.

#### Artículo 50. Contenido del derecho a la protección social

1. Las personas con discapacidad y sus familias tienen derecho a los servicios sociales de apoyo familiar, de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades, de promoción de la autonomía personal, de información y orientación, de atención domiciliaria, de residencias, de apoyo en su entorno, servicios residenciales, de actividades culturales, deportivas, ocupación del ocio y del tiempo libre.

#### Artículo 51. Clases de servicios sociales

1. El **servicio de apoyo familiar** tendrá como objetivo la orientación e información a las familias, el apoyo emocional, su capacitación y formación para atender a la estimulación, maduración y desarrollo físico, psíquico e intelectual de los niños y niñas con discapacidad, y a las personas con discapacidad y para la adecuación del entorno familiar y próximo a las necesidades de todos ellos.
2. Los **servicios de orientación e información** deben facilitar a las personas con discapacidad y a sus familias el conocimiento de las prestaciones y servicios a su alcance, así como las condiciones de acceso a los mismos.
3. Los **servicios de prevención de deficiencias y de intensificación de discapacidades y promoción de la autonomía personal** tienen como finalidad

prevenir la aparición o la intensificación de discapacidades y de sus consecuencias, mediante actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, apoyo en el entorno y programas específicos de carácter preventivo.

4. Los **servicios de atención** domiciliaria tendrán como cometido la prestación de atenciones de carácter personal y doméstico, así como la prestación habilitadora o rehabilitadora tal y como ya dispone el artículo 14, todo ello sólo para aquellas personas con discapacidad cuyas situaciones lo requieran.

5. Los **servicios de vivienda**, ya sean servicios de atención residencial, viviendas tuteladas, u otros alojamientos de apoyo para la inclusión, tienen como objetivo promover la autonomía y la vida independiente de las personas con discapacidad a través de la convivencia, así como favorecer su inclusión social.

Asimismo, deberán atender a las necesidades básicas de aquellas personas con discapacidad que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, como en los casos en que carezcan de hogar o familia, o cuando existan graves problemas para garantizar una adecuada convivencia familiar.

6. Los **servicios de centro de día y de noche** ofrecen una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas con discapacidad, con el objetivo de mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal y apoyar a las familias.

7. Los servicios de residencias, centros de día y de noche, y viviendas tuteladas podrán ser promovidos por las administraciones públicas, por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas. En la promoción de residencias, centros de día y viviendas tuteladas, realizada por las propias personas con discapacidad y por sus familias, así como por sus organizaciones representativas, éstas gozarán de la protección prioritaria por parte de las administraciones públicas.

La planificación de estos servicios atenderá a la proximidad al entorno en el que desarrollan su vida las personas con discapacidad.

8. Las **actividades deportivas, culturales, de ocio y tiempo libre** se desarrollarán, siempre que sea posible, de acuerdo con el principio de accesibilidad universal en las instalaciones y con los medios ordinarios puestos al servicio de la ciudadanía. Sólo cuando

la especificidad y la necesidad de apoyos lo requieran, podrá establecerse, de forma subsidiaria o complementaria, servicios y actividades específicas.

9. Sin perjuicio de la aplicación de las medidas previstas con carácter general en esta ley, cuando la especificidad y la necesidad de apoyos lo hicieran necesario, la persona con discapacidad tendrá **derecho a residir o ser atendida en un establecimiento especializado.**

#### Artículo 52. Centros ocupacionales

1. Los centros ocupacionales tienen como finalidad asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a las personas con discapacidad con el objeto de lograr su máximo desarrollo personal y, en los casos en los que fuera posible, facilitar su capacitación y preparación para el acceso al empleo. Igualmente, prestarán estos servicios a aquellos trabajadores con discapacidad que, habiendo desarrollado una actividad laboral específica, no hayan conseguido una adaptación satisfactoria o hayan sufrido un empeoramiento en su situación que haga aconsejable su integración en un centro ocupacional.

2. Las administraciones públicas, de acuerdo a sus competencias, dictarán las normas específicas correspondientes, estableciendo las condiciones de todo tipo que deberán reunir los centros ocupacionales para que sea autorizada su creación y funcionamiento.

Su creación y sostenimiento serán competencia tanto de dichas administraciones públicas como de las instituciones o personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, atendiendo estas últimas, en todo caso, a las normas que para su creación y funcionamiento se dicten de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo anterior.

#### - **Derecho de participación en los asuntos públicos**

##### Artículo 53. Derecho de participación en la vida política

Las personas con discapacidad podrán ejercer el derecho de participación en la vida política y en los procesos electorales en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos conforme a la normativa en vigor. Para ello, las administraciones públicas pondrán a su disposición los medios y recursos que precisen.

##### Artículo 54. Derecho de participación en la vida pública

1. Las personas con discapacidad podrán participar plena y efectivamente en la toma de decisiones públicas que les afecten, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos. Para ello, las administraciones públicas pondrán a su disposición los medios y recursos que precisen.
2. Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, y sus familias, a través de sus organizaciones representativas, participarán en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones y, en su caso, de las normas y estrategias que les conciernen, siendo obligación de las administraciones públicas en la esfera de sus respectivas competencias promover las condiciones para asegurar que esta participación sea real y efectiva. De igual modo, se promoverá su presencia permanente en los órganos de las administraciones públicas, de carácter participativo y consultivo, cuyas funciones estén directamente relacionadas con materias que tengan incidencia en esferas de interés preferente para personas con discapacidad y sus familias.
3. Las administraciones públicas promoverán y facilitarán el desarrollo de las asociaciones y demás entidades en que se agrupan las personas con discapacidad y sus familias. Asimismo, ofrecerán apoyo financiero y técnico para el desarrollo de sus actividades y podrán establecer convenios para el desarrollo de programas de interés social.

#### Artículo 55. Consejo Nacional de la Discapacidad

El Consejo Nacional de la Discapacidad es el órgano colegiado interministerial, de carácter consultivo, en el que se institucionaliza la colaboración del movimiento asociativo de las personas con discapacidad y sus familias y la Administración general del Estado, para la definición y coordinación de las políticas públicas que garanticen los derechos de las personas con discapacidad. Su composición y funciones se establecerán reglamentariamente.

En particular, corresponderá al Consejo Nacional de la Discapacidad la promoción de la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

#### Artículo 56. Oficina de Atención a la Discapacidad

La Oficina de Atención a la Discapacidad es el órgano del Consejo Nacional de la Discapacidad, de carácter permanente y especializado, encargado de promover la igualdad

de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Con la Oficina de Atención a la Discapacidad colaborarán las organizaciones, entidades y asociaciones de utilidad pública más representativas de las personas con discapacidad y sus familias.

### **3. NORMATIVA REGULADORA DEL PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO, DECLARACIÓN Y CALIFICACIÓN DEL GRADO DE DISCAPACIDAD.**

El Estatuto de Autonomía de Galicia, en su artículo 27.23º asigna a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de acción social. Asimismo, en el artículo 33.2º se establece que le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de seguridad social.

#### **Artículo 2. Ámbito de los equipos técnicos de valoración**

En cada provincia existirá, al menos, un equipo técnico de valoración que cubrirá todo el ámbito territorial provincial. A propuesta de la Dirección General de Servicios Sociales se podrán crear equipos en una localidad diferente a la capital de cada provincia, cuando existan necesidades que lo justifiquen, estableciendo su ámbito territorial. El equipo, o los equipos, en caso de existir varios en una provincia, serán coordinados por el jefe de Área de Servicios Sociales de la Delegación Provincial de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales.

#### **Artículo 3. Composición de los equipos**

El equipo técnico de valoración estará compuesto por tres vocales: médico, psicólogo y trabajador social, conforme a criterios interdisciplinarios, pudiendo incorporarse a los mismos, en determinados casos y a criterio del presidente de la junta de valoración, otros profesionales de la sección de calificación y valoración de minusvalías.

#### **Artículo 4. Juntas de valoración**

El equipo técnico de valoración deberá reunirse en junta de valoración para la emisión de los dictámenes técnicos facultativos. La junta de valoración estará compuesta por el presidente, los tres vocales del equipo técnico de valoración y un secretario. La presidencia

de la junta de valoración recaerá en el jefe de Sección de Calificación y Valoración de Minusvalías de cada delegación provincial, desempeñando las funciones de secretario un miembro del propio equipo técnico de valoración o un profesional adscrito a la delegación provincial correspondiente, designado por el delegado provincial.

Su funcionamiento vendrá regulado por el capítulo II del título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero (RCL 1999, 114, 329), y por las normas que dicte la Dirección General de Servicios Sociales.

#### Artículo 5. Funciones de los equipos

1. El equipo técnico de valoración tiene como funciones:

- a) Dar información y orientación inicial a las personas con discapacidad y familiares que lo soliciten.
- b) La realización de los dictámenes técnico-facultativos para la calificación del grado de minusvalía, revisión del mismo por agravación o mejoría y para la determinación del plazo a partir del cual se podrá revisar el grado de minusvalía en los términos previstos en el Real decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.
- c) Determinar el grado de minusvalía y valoración de las diferentes situaciones exigidas para tener derecho a las prestaciones sociales y económicas previstas en el Real decreto 383/1984, de 1 de febrero, por el que se establece y regula el sistema de prestaciones previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de personas con minusvalía.
- d) Determinar el grado de minusvalía, así como la necesidad de concurso de otra persona, a efectos de las prestaciones de invalidez en su modalidad no contributiva y protección familiar por hijo a cargo con minusvalía, reguladas en el Real decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social.
- e) Determinar las dificultades para utilizar transportes públicos colectivos, así como dictaminar sobre la movilidad reducida permanente y sobre el acceso a los diferentes



servicios y prestaciones a los efectos previstos en la Ley 8/1997, de 20 de agosto, de accesibilidad y eliminación de barreras en la Comunidad Autónoma Gallega, y en el Decreto 35/2000, de 28 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo y ejecución de dicha ley.

- f) Emitir los dictámenes técnico-facultativos previstos en la Ley 40/1998, del IRPF.
- g) Prestar asistencia técnica y asesoramiento a la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales y a sus delegaciones provinciales en los procedimientos contenciosos en los que sean parte, a requerimiento de la delegación provincial.
- h) Elaborar los informes técnicos que les sean requeridos por la delegación provincial o por el resto de los programas y servicios.
- i) Aquellas funciones referentes al diagnóstico, valoración y orientación, de situaciones de minusvalía atribuidas o que puedan atribuirse, por la legislación, tanto estatal como autonómica.
- j) Cuantas otras le sean asignadas por la Dirección General de Servicios Sociales.

### CAPÍTULO III. Procedimiento para el reconocimiento y calificación del grado de minusvalía

#### Artículo 6. Solicitudes y lugar de presentación

1. El procedimiento para la calificación del grado de minusvalía se iniciará a instancia del interesado, representante legal o guardador de hecho, en modelo normalizado.
2. La solicitud, que deberá ir acompañada de la documentación relacionada en el artículo séptimo de la presente orden, podrá presentarse en las delegaciones provinciales, áreas de Servicios Sociales de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales o en otros registros de los previstos en el artículo 38, punto 4º, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

#### Artículo 7. Documentación a aportar por el interesado junto a la solicitud

1. A las solicitudes deberá acompañarse preceptivamente, salvo que ya obre en poder de la Delegación Provincial de la Conserjería de Sanidad y Servicios Sociales, la siguiente documentación:

–Fotocopia compulsada del DIN del interesado (en su defecto, libro de familia o partida de nacimiento).

En caso de extranjeros: fotocopia compulsada de la tarjeta de residente.

–Fotocopia compulsada de los informes médicos o psicológicos que avalen las deficiencias alegadas.

En el caso de revisión por agravamiento o mejoría: fotocopia compulsada de los informes que acrediten dicho agravamiento o mejoría.

–En su caso, fotocopia compulsada del DIN del representante legal y del documento acreditativo de la representación legal o guarda de hecho.

2. A efectos de la valoración social se podrán pedir otros documentos complementarios necesarios para dicha valoración.

#### Artículo 8. Competencia e inicio del procedimiento

1. Serán competentes para iniciar, instruir y resolver los procedimientos para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía las delegaciones provinciales de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales en cuyo ámbito territorial residan habitualmente los interesados.

2. Si el interesado residiese en el extranjero, la competencia para el ejercicio de tales funciones corresponderá a la Delegación Provincial de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales de aquella provincia en la que el interesado acredite o alegue haber tenido el último domicilio habitual en territorio español, o el que hubiesen tenido sus ascendientes.

3. Las delegaciones provinciales de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales aplicarán medios informáticos para tramitar los procedimientos en materia de reconocimiento del grado de minusvalía, ajustándose a lo establecido en la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, de forma que se garanticen los derechos de los interesados.

#### Artículo 9. Reconocimientos y dictamen de calificación del grado de minusvalía

1. La calificación del grado de minusvalía se llevará a cabo mediante el reconocimiento del interesado por los vocales del equipo técnico de valoración, según el procedimiento de citaciones que se determine.

2. Cuando las características clínicas del interesado lo aconsejan o resulte imposible o insuficiente la aportación de informes médicos y/o psicológicos, el presidente del Equipo de Valoración y Orientación (EVO) podrá solicitar otros informes y la práctica de las pruebas y exploraciones complementarias por parte de centros e instituciones sanitarias.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, la delegación provincial de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales queda autorizada para suscribir con los centros e instituciones señalados los términos y condiciones en que hayan de realizarse tales informes, pruebas y exploraciones complementarias.

A tales efectos, se faculta a los miembros del equipo de valoración y orientación para, con la autorización del presidente del EVO, recabar directamente de los citados centros o servicios la realización de dichos informes o pruebas.

3. Finalizados los reconocimientos e informes pertenecientes, el equipo técnico de valoración procederá a emitir el dictamen técnico facultativo.

4. Los empleados públicos que, en razón de la tramitación del expediente de reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, conozcan el historial clínico del interesado están obligados a mantener la confidencialidad del mismo.

5. La Dirección General de Servicios Sociales establecerá el procedimiento por el cual, en base a circunstancias especiales del interesado, el equipo técnico de valoración pueda formular su dictamen en virtud de los informes médicos, psicológicos o, en su caso, sociales, emitidos por profesionales autorizados, sin reconocimiento directo del equipo.

#### Artículo 10. Contenido de los dictámenes

Los dictámenes técnico-facultativos se formularán de acuerdo con los criterios, baremos y modelos normalizados, debiendo contener la siguiente información:

1. Datos identificativos del interesado.
2. Deficiencias, diagnósticos y etiologías.

3. Porcentaje parcial correspondiente a cada tipo de discapacidad. Cuando coexistan dos o más deficiencias en una misma persona, tal como se establece en el capítulo 1 (normas generales) del Anexo del Real decreto 1971/1999.
4. Resultado de la combinación de los porcentajes obtenidos por deficiencias de distintos aparatos o sistemas.
5. Porcentaje de los factores sociales complementarios.
6. Porcentaje total de minusvalía.
7. Resultado de los baremos de dificultades de movilidad y de necesidad de ayuda de tercera persona.
8. Recomendaciones del equipo técnico de valoración sobre utilización de apoyos y orientación.
9. Plazo de validez del dictamen.

Artículo 11. Resolución 1. En el plazo de 3 meses, el delegado provincial de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales dictará resolución expresa sobre el reconocimiento del grado.

2. El plazo máximo para resolver, establecido en el apartado anterior, podrá ser ampliado por las delegaciones provinciales de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 42.6º de la mencionada Ley 30/1992, cuando, por el número de solicitudes formuladas o por otras circunstancias que expresamente se determine en el acuerdo de ampliación, no se pueda cumplir razonablemente el plazo previsto.
3. El reconocimiento de grado de minusvalía se entenderá referido a la fecha de presentación de la solicitud. En la resolución deberá figurar expresamente la fecha en que deba tener lugar la revisión, salvo que sea permanente.
4. La falta de resolución expresa en el plazo previsto tendrá efectos desestimatorios, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.2º de la Ley 30/1992, en cuyo caso el interesado podrá ejercer los derechos que le confiere el artículo 71 del texto refundido de la Ley de

procedimiento laboral, aprobado por el Real decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, sin perjuicio de la obligación de resolver.

Artículo 12. Reclamaciones 1. Contra las resoluciones de los delegados provinciales, los interesados podrán interponer, dentro de los treinta días siguientes a su notificación, reclamación previa a la vía jurisdiccional social, ante la misma delegación provincial que dictó el acto, la cual deberá resolver en el plazo de 45 días.

2. Presentada la reclamación previa contra la resolución dictada, cuando en la misma se discrepe de la resolución en aspectos que afecten al dictamen técnico facultativo del equipo técnico de valoración, y con independencia de las actuaciones procedentes para comprobar las alegaciones del reclamante, el escrito de reclamación se pasará a conocimiento e informe del referido equipo.

#### CAPÍTULO IV. Revisión de la calificación del grado de minusvalía

Artículo 13. Revisiones 1. Las revisiones del grado de minusvalía podrán efectuarse a instancia de parte o de oficio.

2. En las revisiones a instancia de parte, por agravamiento o mejoría, el interesado deberá adjuntar necesariamente a la solicitud los informes médicos o psicológicos que lo acrediten, siempre que hayan transcurrido dos años desde la fecha de la resolución. Excepcionalmente, este plazo no será necesario en los supuestos de error de diagnóstico o cuando el equipo técnico de valoración determine, mediante la documentación aportada, cambios sustanciales en la calificación del grado.

3. Sin perjuicio de las revisiones previstas en los artículos 102 y siguientes de la mencionada Ley 30/1992, podrá revisarse de oficio el grado de minusvalía:

- a) Cuando se produzca el cumplimiento del plazo de validez establecido en la resolución.
- b) Cuando el equipo técnico de valoración tenga conocimiento por la documentación aportada por el interesado, como consecuencia de la emisión de Informes para tramitación de expedientes de acceso a cualquiera de las diferentes prestaciones o servicios a los que tiene derecho, que las circunstancias por las que se le asignó el grado han variado sustancialmente.

Artículo 14. Procedimiento de revisión. Promovida la revisión, según lo contemplado en el artículo anterior, la instrucción del procedimiento se ajustará a lo establecido en el capítulo III de la presente orden y a lo que establezca la Dirección General de Servicios Sociales en desarrollo de la misma.

**MANUEL FUERTES CARBALLEIRA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 1**

**LA CONSTITUCIÓN Y LA ACCIÓN EXTERIOR  
DEL ESTADO. LOS TRATADOS  
INTERNACIONALES. LAS COMUNIDADES  
AUTÓNOMAS Y LA ACCIÓN EXTERIOR DEL  
ESTADO.**

## **TEMA 1. LA CONSTITUCIÓN Y LA ACCIÓN EXTERIOR DEL ESTADO. LOS TRATADOS INTERNACIONALES. LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LA ACCIÓN EXTERIOR DEL ESTADO.**

### **1. LA CONSTITUCIÓN Y LA ACCIÓN EXTERIOR DEL ESTADO.**

Nuestra vigente Constitución define, de forma precisa, las competencias en materia exterior, la responsabilidad política en la materia y la representación internacional del Estado.

Todo Estado precisa relacionarse con otros Estados y con las organizaciones en las que éstos se agrupan. Tras la Carta constituyente de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, el 26 de junio de 1945, se creó un marco jurídico que permite que esas relaciones se conduzcan de forma ordenada en la órbita internacional.

En dicha carta fundacional de Naciones Unidas se recogía la importancia de que los Estados formen y expresen su voluntad de acuerdo con sus normas constitucionales. Así se explicita, entre otros, en los artículos 43.3, 108, 109.2 y 110.1.

Centrándonos en el caso español, al concretar dónde residen las competencias con relevancia exterior, la Constitución refiere en su artículo 149:

<<Artículo 149.

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)

2.<sup>a</sup> Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

3.<sup>a</sup> Relaciones internacionales. (...)

10.<sup>a</sup> Régimen aduanero y arancelario; comercio exterior. (...)

16.<sup>a</sup> Sanidad exterior.>>

De todas estas materias, la más genérica es la que atañe a las relaciones internacionales. Por esta vía, en un primer momento del desarrollo constitucional, la Administración general del Estado pretendió extender esta de por sí amplia expresión a



toda iniciativa autonómica en la que concurriese un mínimo factor o elemento internacional. La doctrina del Tribunal Constitucional fue evolucionando hasta matizar esa interpretación que, tras la adhesión de España a las comunidades europeas, podría vaciar de contenido sustantivo los estatutos de autonomía en lo que atañe a las políticas comunitarias, en áreas que van desde la agricultura hasta todas las vinculadas con el mercado interior europeo.

En este escenario, según la Constitución, el Gobierno es el actor político fundamental:

<<Artículo 97.

El Gobierno dirige la política interior y exterior (...)>>

Incluso en la acción exterior del Estado, la Constitución modula el ejercicio en la materia por el poder legislativo, por tratarse todo lo internacional de un ámbito muy sensible y de potencial responsabilidad *ad extra* del Estado:

<<Artículo 75.

1. Las Cámaras funcionarán en pleno y por comisiones.
2. Las Cámaras podrán delegar en las comisiones legislativas permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento, el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación.
3. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el apartado anterior (...), las cuestiones internacionales, (...).>>

Ello explica también la interdicción de la iniciativa legislativa popular en lo que afecte a las relaciones de España con la comunidad internacional:

<<Artículo 87 (...).

3. Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso, se exigirán no menos de

500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias (...) de carácter internacional, (...).>>

Siendo pues el núcleo de la acción exterior (relaciones diplomáticas, firma de tratados, declaración de guerra) algo que forma parte de las prerrogativas estatales por excelencia, se explica que la representación exterior del Estado recaiga, en primer lugar, en el rey:

<<Artículo 56.

1. El rey es el jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.>>

<<Artículo 63.

1. El rey acredita a los embajadores y otros representantes diplomáticos. Los representantes extranjeros en España están acreditados ante él.

2. Al rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.

3. Al rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz.>>

Para comprender en toda su extensión el contexto en el que España ha de desarrollar sus relaciones internacionales, conviene además tener en cuenta el engarce de esas previsiones constitucionales con las de las normas internacionales que ordenan dichas relaciones. Entre esas normas cabe destacar la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969:

<<Artículo 7. Plenos poderes.

1. Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado, o para manifestar el

consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado:

- a) Si se presentan los adecuados plenos poderes, o
- b) Si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado a esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.

2. En virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se considerará que representan a su Estado:

- a) Los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores, para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado;
- b) Los jefes de misiones diplomáticas, para la adopción del texto de un tratado entre el Estado acreditante y el Estado ante el cual se encuentran acreditados;
- c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia, organización u órgano.

Artículo 8. Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización.

Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al artículo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado.>>

Igualmente, en el Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (Instrumento de Adhesión de España de 21 de noviembre de 1967; BOE nº 21, de 24 de enero de 1968), se enfatiza el rol de los Estados al afirmar:

<<Artículo 2.

El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo.

### Artículo 3.

1. Las funciones de una misión diplomática consisten principalmente en:

- a) Representar al Estado acreditante ante el Estado receptor;
- b) Proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;
- c) Negociar con el Gobierno del Estado receptor;
- d) Enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al Gobierno del Estado acreditante;
- e) Fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor. >>

## **2. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.**

La Constitución española fundamenta a España como un Estado de derecho homologable con cualquier Estado occidental, que quiere guiarse en la comunidad internacional por el derecho internacional.

Desde el punto de vista positivo, la Constitución no sólo recoge todo un capítulo, el III, dentro de su título III, dedicado en exclusiva a los tratados internacionales. Además, subraya en otros preceptos el especial valor jurídico que tienen los tratados firmados por España dentro de nuestro ordenamiento:

<<Artículo 10. (...).

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce que se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.>>

<<Artículo 11. (...).

3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.>>

<<Artículo 13.

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de una ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo. (...)>>

Ya en el capítulo III ("De los tratados internacionales") del título III ("De las Cortes Generales") se especifica el valor y efectos de los tratados en cuatro artículos de especial trascendencia:

<<Artículo 93.

Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.>>

En relación con este artículo, es importante recordar su plasmación práctica en la Ley orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a las comunidades europeas, que dispone:

<<Culminado con la firma del Tratado de adhesión, el proceso de negociación para la integración de España en las comunidades europeas, que constituye un hito histórico para el pueblo español, unido en la voluntad de lograr la realización de los objetivos de los tratados constitutivos de aquéllas, procede, de acuerdo con lo previsto en el artículo 93 de la Constitución española, autorizar, a tal efecto, la prestación del consentimiento del Estado mediante la presente ley orgánica.

#### Artículo primero.

1. Se autoriza la ratificación por el Reino de España del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el día 12 de junio de 1985 entre el Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República Federal de Alemania, la República Helénica, la República Francesa, Irlanda, la República Italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Reino de España y la República Portuguesa, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica.
2. Se autoriza la adhesión del Reino de España al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el día 18 de abril de 1951, tal y como ha sido modificado o completado, y en los términos establecidos en la Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas de 11 de junio de 1985.

#### Artículo segundo.

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.>>

De esta manera tan sucinta, España atribuyó el ejercicio de competencias derivadas de su Constitución a la que hoy es la Unión Europea.

Para los tratados que no impliquen aquella atribución en el ejercicio de competencias, que son la mayoría de ellos, la Constitución establece un procedimiento ordinario:

#### <<Artículo 94.

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o

convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el título I.
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda pública.
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.>>

A continuación, dada la peculiar posición jurídica de los tratados en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución prevé incluso cómo encauzar las posibles incompatibilidades *a priori* entre un tratado y la propia Constitución:

<<Artículo 95.

- 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
- 2. El Gobierno o cualquiera de las cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.>>

En su Declaración 1/1992, el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre la hipotética contradicción entre el Tratado de la Unión Europea (o Tratado de Maastricht) y nuestra Constitución. De este trascendental e inusual documento jurídico vale la pena destacar los siguientes pasajes:

<<I. Antecedentes.

- 1. Por escrito registrado en este Tribunal el 13 de mayo de 1992, el abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta y en virtud del acuerdo adoptado por

el Gobierno de la Nación en la reunión del Consejo de Ministros, celebrada el 24 de abril de 1992, al amparo de lo dispuesto en el artículo 95.2 de la Constitución y en el artículo 78.1 LOTC, requiere a este tribunal para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre el artículo 13.2 de la Constitución y el art. 8 B, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCCEE), en la redacción que resultaría del art. G B, 10 del Tratado de la Unión Europea (en lo que sigue, TUE), hecho en Maastricht el 7 de febrero de 1992, emitiendo una declaración sobre los extremos recogidos en el mencionado acuerdo.

En el Acuerdo del Consejo de Ministros del día 24 de abril de 1992 se resuelve, en efecto, iniciar el procedimiento de consulta previsto en el art. 95.2 de la Constitución al objeto de que este tribunal se pronuncie sobre la eventual contradicción entre la constitución y el art. 8 B, apartado 1, del TCCEE, en la redacción dada por el art. G B, apartado 10, del TUE, cuyo texto es el siguiente:

1. «Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo deberá adoptar antes de 31 de diciembre de 1994, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro. (...)

## II. Fundamentos jurídicos.

1. Este requerimiento que el Gobierno plantea es el primero formulado por el cauce que establece el art. 95.2 de la Constitución, desarrollado, a su vez, por el art. 78 de nuestra ley orgánica. Por ello, y para mejor aclarar también los términos de la presente cuestión, es preciso realizar ahora alguna consideración previa sobre el procedimiento regulado en aquellas normas y sobre el ámbito de la cuestión que ha sido sometida al examen de este tribunal.

Mediante la vía prevista en su art. 95.2 la Norma fundamental atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar, al tiempo, la



seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. Como intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre ella y un Tratado cuyo texto, ya definitivamente fijado, no haya recibido aún el consentimiento del Estado (art. 78.1 de la LOTC). Si la duda de constitucionalidad se llega a confirmar, el tratado no podrá ser objeto de ratificación sin la previa revisión constitucional (art. 95.1 de la norma fundamental). De este modo, la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su título X, su primacía, adquiriendo también el tratado, en la parte del mismo que fue objeto de examen, una estabilidad jurídica plena, por el carácter vinculante de la declaración del tribunal (art. 78.2 de la LOTC), como corresponde al sentido de este examen preventivo.

Aunque aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts. 27.2 c), 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE), es evidente la perturbación que, para la política exterior y las relaciones internacionales del Estado, implicaría la eventual declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada: El riesgo de una perturbación de este género es lo que la previsión constitucional intenta evitar. Esta doble finalidad es, en consecuencia, la que ha de tenerse en cuenta para interpretar, tanto el art. 95 C.E., como el 78 LOTC, a fin de precisar cuál es el objeto propio de nuestra decisión, el alcance de ésta y la función que en su adopción desempeñan este tribunal y los órganos legitimados para requerirlo y ser oídos en los requerimientos deducidos por otros.

En cuanto a este último extremo, ha de comenzar por precisarse que lo que de nosotros puede solicitarse es una declaración, no un dictamen; una decisión, no una mera opinión fundada en derecho. Este tribunal no deja de serlo para transformarse ocasionalmente, por obra del requerimiento, en cuerpo consultivo. Lo que el requerimiento incorpora es, al igual que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad, la exposición de una duda razonable, pero lo que de nosotros se solicita no es un razonamiento que la resuelva, sino una decisión vinculante.

Por ello, y aun cuando este procedimiento no haya de poseer necesariamente naturaleza contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del tribunal

como intérprete supremo de la Constitución. Al igual que en cualquier otro cauce, el tribunal actúa aquí como el órgano jurisdiccional que es y su declaración, por tanto, no puede sino basarse en argumentaciones jurídico-constitucionales, hayan sido éstas sugeridas o no por el órgano solicitante o por los demás que están legitimados. Su examen debe ceñirse, en coherencia con ello, al contraste entre la Constitución, en cualquiera de sus enunciados, y la estipulación o estipulaciones del tratado que hayan sido sometidas a control previo, pues el art. 95.1 de aquélla ha reservado en exclusiva al Gobierno y a una u otra de ambas Cámaras la facultad de formular esta duda de constitucionalidad, cuyo planteamiento y elucidación *ex officio* no le corresponde, por tanto, al tribunal, el cual, al igual que en los demás procedimientos, carece de iniciativa, y está vinculado al principio constitucional de congruencia. Ello sin perjuicio de que este tribunal pueda solicitar nuevas informaciones y aclaraciones o ampliaciones de conformidad con el art. 78.3 de la LOTC.

Pero, en cualquier caso, bien la resolución emanada de este tribunal confirme la constitucionalidad de la norma convencional objeto de examen y bien declare, por el contrario, su contradicción con nuestra ley fundamental, dicha resolución posee los efectos materiales de la cosa juzgada. Aunque la forma de dicha declaración no pueda merecer la calificación legal de «sentencia» (cfr. art. 86.2 LOTC), es una decisión jurisdiccional con carácter vinculante (art. 78.2 id.) y, en cuanto tal, produce *erga omnes* (art. 164.1 *in fine* CE) todos los efectos de la cosa juzgada, tanto los negativos o excluyentes, que impedirían trasladar a este tribunal la estipulación objeto de la resolución a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, cuanto los positivos o prejudiciales que han de obligar a todos los poderes públicos a respetar y ajustarse a nuestra declaración; en particular, si su contenido fuera el de que una determinada estipulación es contraria a la Constitución, el efecto ejecutivo inmediato y directo ha de ser la reforma de la Constitución con carácter previo a la aprobación del Tratado. (...)

4. En los antecedentes se ha expuesto la primera de las argumentaciones que el Gobierno adelanta a fin de propiciar, sin reforma de la Constitución, una posible integración de la colisión existente entre su art. 13.2 y el artículo 8 B, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en la versión que al mismo habría de dar el Tratado de la Unión Europea. Sin reproducir aquí, por tanto, dicha argumentación, lo que ahora hemos

de considerar es si, en virtud de lo dispuesto en el art. 93 de la Constitución, es posible proceder a la ratificación de aquel precepto del Tratado de la Unión Europea sin la previa revisión de la norma fundamental o, en otras palabras, si la disposición constitucional citada despeja o elimina la incompatibilidad que en este punto es de apreciar entre el tratado y la norma fundamental.

En lo que aquí más importa, el art. 93 de la norma fundamental dispone que «mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución», previsión que, según es harto conocida, ha permitido la integración de España en las Comunidades Europeas (leyes orgánicas 10/1985 y 4/1986). No es leve, desde luego, la complejidad que entraña este precepto «orgánico-procedimental» (STC 28/1991, fundamento jurídico 4º), que aquí ha de ser considerado, sin embargo, tan sólo en conexión con lo dispuesto en el art. 95.1 de la Constitución y a fin de determinar, por consiguiente, si la ley orgánica a la que aquél remite es instrumento idóneo para excepcionar, como lo haría el texto sometido a examen, el límite que el art. 13.2 dispone en orden a la extensión a los extranjeros, por tratado o por ley, del derecho de sufragio.

La respuesta a tal cuestión no puede ser sino negativa.

El art. 93 permite atribuciones o cesiones para «el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución» y su actualización comportará -ha comportado ya- una determinada limitación o constricción, a ciertos efectos, de atribuciones y competencias de los poderes públicos españoles (limitación de «derechos soberanos», en expresión del Tribunal de Justicia de las Comunidades, caso Costa/Enel, Sentencia de 15 de julio de 1964). Para que esa limitación se opere es indispensable, sin embargo, que exista efectivamente una cesión del ejercicio de competencias (no de su titularidad) a organizaciones o instituciones internacionales, lo que no ocurre con la estipulación objeto de nuestra resolución, pues en ella no se ceden o transfieren competencias, sino que, simplemente, se extiende a quienes no son nacionales unos derechos que, según el art. 13.2, no podría atribuírseles. (...)

5. La antinomia entre el precepto sometido a examen de constitucionalidad y el art. 13.2

de la norma fundamental no es, pues, reducible a través de lo previsto en el art. 93 de la Constitución. Otro tanto hay que decir, por lo demás, ante la sugerencia que en el requerimiento se hace en orden a superar o relativizar, de nuevo, el límite de aquel precepto y la consiguiente exigencia de reforma de la Constitución, a través de la hipotética equiparación legislativa de los ciudadanos de la Unión Europea, «a efectos» del derecho de sufragio municipal, como nacionales españoles.

Siendo cierto que la Constitución no define quiénes son españoles (tarea que defiere –*sic*– al legislador en su art. 11.1), y resultando, asimismo, indiscutible que no existe un régimen jurídico uniforme para todos los nacionales, y que puede ser diverso también el de unos y otros extranjeros, es patente, sin embargo, que la Constitución, en su art. 13, ha introducido reglas imperativas e insoslayables para todos los poderes públicos españoles (art. 9.1 de la norma fundamental) en orden al reconocimiento de derechos constitucionales en favor de las no nacionales. Se cuenta entre tales reglas, según venimos recordando, la que reserva a los españoles la titularidad y el ejercicio de muy concretos derechos fundamentales, derechos -como el de sufragio pasivo que aquí importa- que no pueden ser atribuidos, ni por ley, ni por tratado, a quienes no tengan aquella condición; esto es, que sólo pueden ser conferidos a los extranjeros a través de la reforma de la Constitución. Pues bien, este límite constitucional desaparecería -y con él la propia fuerza de obligar de la Constitución- si tomara forma jurídica y fuera aceptada la interpretación que el Gobierno ha expuesto, según la cual pudiera el legislador acuñar o troquelar nacionalidades *ad hoc* con la única y exclusiva finalidad de eludir la vigencia de la limitación contenida en el art. 13.2 CE. El legislador de la nacionalidad debe, como es obvio, definir quiénes son españoles, es decir, quiénes tienen, potencialmente, capacidad para ser titulares de cualesquiera situaciones jurídicas en el ordenamiento y sobre ello no le da la Constitución pauta material alguna. Pero no puede, sin incurrir en inconstitucionalidad, fragmentar, parcelar o manipular esa condición, reconociéndola solamente a determinados efectos con el único objeto de conceder a quienes no son nacionales un derecho fundamental que, como es el caso del sufragio pasivo, les está expresamente vedado por el art. 13.2 de la Constitución.

Lo anterior no podría, claro está, ser desvirtuado por la alusión que en el requerimiento se hace al expediente de las ficciones legales. Una ficción legal no es otra

cosa que una construcción jurídica que tiene por objeto, contrariando la realidad, introducir en el ámbito de aplicación de una norma anterior un supuesto de hecho que, de otra forma, estaría excluido del mismo, siendo una de sus notas definitorias esenciales el no ser medio idóneo para operar sobre lo jurídicamente imposible, como lo es el reformar la Constitución al margen de los procedimientos expresamente previstos con tal objeto en los arts. 167 y 168 de la propia Constitución, procedimientos que el legislador, sometido como está al principio de supremacía de la norma fundamental, no puede, en modo alguno, soslayar, ni directamente, ni mediante la técnica indirecta, excepcional y subsidiaria de la *fictio juris*.

6. La conclusión que se impone es, pues, la de que existe una contradicción, irreductible por vía de interpretación, entre el art. 8 B, apartado 1, del Tratado de la Comunidad Económica Europea, según quedaría el mismo redactado por el Tratado de la Unión Europea, de una parte, y el art. 13.2 de nuestra Constitución, de otra; contradicción que afecta a la parte de aquel precepto que reconocería el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a un conjunto genérico de personas (los nacionales de otros países miembros de la comunidad) que no tienen la condición de españoles. La única vía existente en derecho para superar tal antinomia y para ratificar o firmar aquel tratado, es, así, la que ha previsto la Constitución en su art. 95.1: la previa revisión de la norma fundamental en la parte de la misma que impone hoy la conclusión de esta declaración. Dicha reforma constitucional habrá de remover el obstáculo contenido en el art. 13.2, que impide extender a los no nacionales el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales.

De todo lo anteriormente expuesto se infiere la conclusión de que, al no contrariar el precepto examinado otra norma de la Constitución distinta al art. 13.2 de la misma, el procedimiento para la revisión constitucional, que prevé el art. 95.1, ha de ser el de carácter general u ordinario contemplado en el art. 167 de nuestra ley fundamental. Con esta última declaración damos respuesta a la última de las cuestiones suscitadas por el Gobierno.>>

En consecuencia, tras esta contundente e impecable argumentación jurídica, el Tribunal Constitucional concluye determinando:

<<1º Que la estipulación contenida en el futuro art. 8 B, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedará redactado por el Tratado de la Unión Europea, es contraria al art. 13.2 de la Constitución en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles.

2º Que el procedimiento de reforma constitucional, que debe seguirse para obtener la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución, es el establecido en su art. 167.>>

La relevancia de los tratados y, en concreto, del Tratado de adhesión de España a las comunidades europeas, viene refrendado, además, por el hecho de que, desde 1978, la reforma constitucional haya tenido que aguardar a esta vicisitud para ser inaugurada.

En la Declaración 1/2004, que no dio pie a otra reforma constitucional, el Tribunal Constitucional examinó la congruencia de nuestra norma de normas con el *non nato* tratado por el que se establece una constitución para Europa, concluyendo:

<<1.º Que no existe contradicción entre la Constitución española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

2.º Que no existe contradicción entre la Constitución española y los arts. II-111 y II-112 de dicho tratado.

3.º Que el art. 93 de la Constitución española es suficiente para la prestación del consentimiento del Estado al tratado referido.

4.º Que no procede hacer declaración alguna en cuanto a la cuarta de las preguntas del Gobierno.>>

El artículo 96, que cierra el capítulo III del título III de la Constitución, proclama la incorporación y efectos de los tratados a nuestro ordenamiento:

<<1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo

podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.>>

Conviene no obstante, para comprender el alcance que nuestra Constitución otorga a los tratados, integrar sus preceptos con la terminología auténtica incorporada a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969, que detalla:

<<Artículo 2. Términos empleados.

1. A los efectos de la presente convención:

a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más

instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

b) se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado;

c) se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado;

d) se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;

e) se entiende por un "Estado negociador" un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado;

- f) se entiende por "Estado contratante" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado, haya o no entrado en vigor el tratado;
- g) se entiende por "parte" un Estado que ha consentido en obligarse por el tratado y con respecto al cual el tratado está en vigor;
- h) se entiende por "tercer Estado" un Estado que no es parte en el tratado;
- i) se entiende por "organización internacional" una organización intergubernamental.

2. Las disposiciones del párrafo I sobre los términos empleados en la presente convención se entenderán sin perjuicio del empleo de esos términos o del sentido que se les pueda dar en el derecho interno de cualquier Estado.>>

Asimismo, es preciso recordar lo establecido por dicha convención en dos casos concretos, donde pueden surgir conflictos entre el acto internacional y la Constitución:

<<Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Artículo 47. Restricción específica de los poderes para manifestar el consentimiento de un Estado.

Si los poderes de un representante para manifestar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado determinado han sido objeto de una restricción específica, la inobservancia de esa restricción por tal representante no podrá alegarse como vicio del consentimiento manifestado por él, a menos que la restricción haya sido notificada con



anterioridad a la manifestación de ese consentimiento, a los demás Estados negociadores.>>

### **3. LAS COMUNIDADES AUTONOMAS Y LA ACCION EXTERIOR DEL ESTADO.**

Las comunidades autónomas son integrantes del Estado y, por añadidura, poseen competencias susceptibles de una natural y consustancial proyección exterior, más allá de las fronteras españolas, como pueden ser el turismo, la atención a los emigrantes o la promoción comercial, entre otras.

Durante el desarrollo del sistema autonómico español, la propia doctrina del Tribunal Constitucional ha ido evolucionando. Entre las sentencias más reseñables de ese proceso evolutivo podemos resaltar en una primera fase la 154/1985, sobre el Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia.

Mediante el Decreto 120/1982, de 5 de octubre, de la Xunta de Galicia, se crea el Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia. En su artículo 2 se precisa que «el ámbito de actuación del Instituto Gallego de Bachillerato a Distancia abarcará el territorio de la comunidad gallega. Su aplicación se extenderá también, en su caso, a los emigrantes y a las comunidades gallegas asentadas fuera de Galicia». Por este último inciso, invocando el artículo 149.1.2ª, 3ª y 30ª de la Constitución, el Consejo de Ministros decide plantear conflicto positivo de competencias. Al respecto, el Tribunal Constitucional concluye por aquel entonces que <<la titularidad de la competencia controvertida, en cuanto suponga actuación de poderes públicos en el extranjero, corresponde al Estado (...)>>.

Otra sentencia del Tribunal Constitucional en la misma línea interpretativa originaria es la 137/1989, donde la representación del Estado promovió conflicto positivo de competencias frente a la Xunta de Galicia, en relación con el denominado «comunicado de colaboración» suscrito el 2 de noviembre de 1984 entre el conselleiro de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, por un lado, y la Dirección General del Medio Ambiente del Gobierno del Reino de Dinamarca, por otro.

La fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional en esta sentencia es un compendio de la línea mayoritaria por aquel entonces en lo concerniente a la acción exterior autonómica. Nótese, sin embargo, que las circunstancias enjuiciadas son previas al hecho

crucial de la adhesión de España a las comunidades europeas. En definitiva, argumenta el Pleno:

<< 3. Obligados como estamos, pues, a enjuiciar el comunicado recurrido desde la óptica de la conformidad o disconformidad con el orden de competencias establecido en el bloque de la constitucionalidad, se ha de empezar, al respecto, por constatar que el constituyente -en un precepto de alcance perfectamente meditado e inequívoco, según se deduce de sus antecedentes parlamentarios- ha reservado en exclusiva a los órganos centrales del Estado la totalidad de las competencias en materia de relaciones internacionales. Este carácter de la materia citada ya ha sido observado con anterioridad, si bien escuetamente, por este tribunal (así en las SSTC 44/1982, fundamento jurídico 4.º y 154/1985, fundamento jurídico 5.º). Ahora tenemos que precisarlo más, en atención al supuesto contemplado en el presente proceso.

A fin de acotar correctamente la cuestión aquí objeto de debate, se debe señalar que ésta no hace referencia al papel que corresponde a las comunidades autónomas en general, y a la de Galicia en particular, en los procedimientos internos de elaboración y ejecución de los tratados internacionales. La cuestión es, en efecto, otra: la de si el título competencial contenido en el art. 149.1, 3ª de la CE elimina de raíz cualquier forma de *ius contrahendi* de los entes autonómicos. De resultar ello así, todo convenio o acuerdo celebrado por uno de tales entes con una organización internacional, un Estado u otro ente intraestatal extranjeros, adolecería de inconstitucionalidad, y ello con independencia de la competencia del ente aludido sobre el sector material de actividad concreto objeto de pacción.

4. Ha sido objeto de críticas doctrinales el hecho de que el constituyente, pasando por alto la heterogeneidad que hoy tienen las relaciones internacionales y la conexión que frecuentemente guardan las actuaciones a que dan lugar con aquellas competencias que las comunidades autónomas pueden ostentar en sus estatutos con arreglo a lo dispuesto en los arts. 148.1 y 149.1 de la CE haya definido, no obstante, dicha materia con denominación tan sintética. Tales críticas se mueven, sin embargo, como es claro, en el plano de *Constitutione ferenda*; en la perspectiva de *Constitutione lata* (sic) existe unanimidad doctrinal en afirmar la exclusiva titularidad estatal de la competencia para

obligarse por medio de convenios o tratados internacionales. Nuestra Constitución no contiene salvedad o excepción alguna al respecto en beneficio de las comunidades autónomas, ni en función de tales o cuales materias, aunque, como es claro, tampoco impide que la cooperación entre el Estado y las comunidades autónomas se proyecte también en este ámbito, mediante estructuras adecuadas, para las que, tanto la propia Constitución (art. 150.2) como el derecho comparado (tratados-marco, etcétera) ofrecen amplias posibilidades.

La conclusión de que en el derecho español el *treaty-making power* pertenece al Estado y únicamente a él, no sólo se deduce, sin embargo, del art. 149.1, 3.<sup>a</sup> del texto constitucional aisladamente considerado, sino que encuentra, asimismo, fundamento y confirmación en otros preceptos de la Constitución, en los antecedentes de la elaboración de ésta y en la interpretación efectuada al propósito por el legislador de los estatutos de autonomía.

Así, en los arts. 93 y 94.1 de la Constitución, se exige la intervención previa de las Cortes Generales autorizando la celebración de determinado tipo de tratados, celebración que compete en exclusiva al *ius contrahendi* del Estado. Hay otra clase de tratados para los que no se requiere autorización parlamentaria, sino la inmediata información a las Cámaras de su conclusión (art. 94.2). También compete al Estado la celebración de estos tratados, ya que la ubicación contextual del art. 94.2 permite apreciar sin dificultad que tal celebración corresponde al Gobierno de la Nación. Ello no supone que el título competencial del Estado en la celebración de tratados se encuentre en los arts. 93 y 94 de la CE -los cuales regulan simplemente la intervención de las Cortes Generales y del Gobierno en el proceso decisorio correspondiente-, sino en el art. 149.1.3.<sup>a</sup>, cuyo debido alcance aquellos preceptos contribuyen a perfilar. Como lo hace, asimismo, el art. 97 que encomienda al Gobierno la dirección de la política exterior, en este y en otros aspectos de las «relaciones internacionales».

En cuanto a los antecedentes de la elaboración de la Constitución cabe observar que los constituyentes tuvieron ocasión de pronunciarse sobre la cuestión del *ius contrahendi* de las comunidades autónomas a resultas de una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco al anteproyecto constitucional, enmienda en la que se proponía que

la competencia exclusiva del Estado se entendiese «sin perjuicio de que en aquellas materias comprendidas en el ámbito de la potestad normativa de los territorios autónomos, éstos puedan concertar acuerdos con el consentimiento del Gobierno del Estado». La enmienda fue derrotada en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso y retirada en el debate plenario por sus promotores.

Por otro lado, los estatutos de autonomía se limitan, en la cuestión que examinamos, a facultar, en general, a las comunidades autónomas para instar del Estado la negociación de ciertos tratados y/o para recibir información acerca de la negociación relativa a los tratados referentes a ciertas materias. En cambio, el Estatuto gallego establece que la Comunidad Autónoma «podrá solicitar del Gobierno que celebre y presente, en su caso, a las Cortes Generales, para su autorización, los tratados o convenios que permitan el establecimiento de relaciones culturales con los Estados con los que mantenga particulares vínculos culturales o lingüísticos» (art. 35.3), precepto éste cuya ubicación sistemática dentro de la regulación de los convenios y acuerdos de cooperación entre la Comunidad Autónoma de Galicia y las demás comunidades autónomas (art. 35.1 y 2) resulta expresiva del ceñido ámbito de pacción a que ha de circunscribirse, de acuerdo con la Constitución y el Estatuto, la aludida comunidad.

5. Alcanzada, en virtud de lo expuesto, la conclusión de que sólo al Estado le es dable concertar pactos internacionales sobre toda suerte de materias (no importa ahora con qué límites, sino que basta con afirmar la existencia en nuestro derecho de un único sujeto dotado de *ius contrahendi* en la esfera de las relaciones internacionales), es claro que el acto impugnado en este proceso -el comunicado suscrito por la Xunta de Galicia y la Dirección Danesa del Medio Ambiente-, en cuanto que refleja la existencia de un acuerdo o compromiso recíproco de ambas partes, implica el ejercicio por la Xunta de Galicia de una competencia de la que constitucional y estatutariamente carece. Poco importa aquí que el acuerdo citado comprometa o no la responsabilidad internacional del Estado. Lo importante es que su mera existencia revela que la Comunidad Autónoma de Galicia, actuando en nombre propio y al margen de toda actuación del Estado, ha realizado un acto ilegítimo desde una perspectiva interna, constitucional, puesto que el *ius contrahendi* pertenece en nuestro derecho exclusivamente al Estado.>>

Por tales circunstancias, el Tribunal Constitucional sentenció que la titularidad de la competencia controvertida correspondía al Estado en cuanto al acuerdo de colaboración implícito en el comunicado suscrito el 2 de noviembre de 1984, en nombre de la Consellería de Ordenación del Territorio y la Dirección del Medio Ambiente del Gobierno de Dinamarca.

Con todo, esta sentencia, sobre el acuerdo galaico-danés registró un voto particular suscrito por cuatro magistrados que abría una nueva línea interpretativa del rol exterior de las comunidades autónomas.

Pero el punto de inflexión de la previa doctrina constitucional se dio con la Sentencia 165/1994, aunque el cambio ya se aventuraba en las sentencias que comenzaron a evaluar la intervención autonómica en la ejecución del derecho comunitario, sin que ello pudiese ser cuestionado invocando una genérica responsabilidad internacional del Estado (v.gr. SSTC 79/1992 y 117/1992).

El detonante del conflicto positivo de competencias, interesado por la Administración general del Estado, fue el Decreto del Gobierno vasco 89/1988, de 19 de abril, cuyo inciso del artículo 4 disponía: «y en el que se encuadra su oficina en Bruselas»; además, en otro inciso del artículo 23, párrafo primero, se disponía: «y actuará como órgano de relación y coordinación general con dichas instituciones», y, por añadidura, el apartado a) del artículo 23 hablaba de «coordinar las relaciones que se produzcan entre las instituciones públicas vascas y los organismos comunitarios y el Consejo de Europa». Cabe añadir que, también en 1988, la Xunta de Galicia promovió la creación de la Fundación Galicia Europa, que abriría inmediatamente una oficina en Bruselas.

En los fundamentos jurídicos de esta Sentencia 165/1994 detalla el Tribunal Constitucional por qué es constitucional esta forma de acción exterior autonómica:

<< 4. (...) Por consiguiente, cabe estimar que, cuando España actúa en el ámbito de las Comunidades Europeas, lo está haciendo en una estructura jurídica que es muy distinta de la tradicional de las relaciones internacionales. Pues el desarrollo del proceso de integración europea ha venido a crear un orden jurídico, el comunitario que, para el conjunto de los Estados componentes de las comunidades europeas, puede considerarse a

ciertos efectos como «interno». En correspondencia con lo anterior, si se trata de un Estado complejo, como es el nuestro, aun cuando sea el Estado quien participa directamente en la actividad de las comunidades europeas y no las comunidades autónomas, es indudable que éstas poseen un interés en el desarrollo de esa dimensión comunitaria. Por lo que no puede sorprender, de un lado, que varias comunidades autónomas hayan creado, dentro de su organización administrativa, departamentos encargados del seguimiento y de la evolución de la actividad de las instituciones comunitarias. Y de otro lado, al igual que ocurre en el caso de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas, que los entes territoriales hayan procurado establecer en las sedes de las instituciones comunitarias, mediante formas organizativas de muy distinta índole, oficinas o agencias encargadas de recabar directamente la información necesaria sobre la actividad de dichas instituciones que pueda afectar, mediatamente, a las actividades propias de tales entes. (...)

5. No obstante lo dicho, la posibilidad de que disponen las comunidades autónomas, como parte del ejercicio de sus competencias, para llevar a cabo una actividad con proyección externa, así como el alcance que esa actividad pueda tener, cuenta con un límite evidente: las reservas que la Constitución efectúa en favor del Estado, y, señaladamente, la reserva prevista en el art. 149.1.3 de la Constitución, que confiere al Estado competencia exclusiva en materia de relaciones internacionales.

Ciertamente, para delimitar el alcance de esa reserva, es necesario tener en cuenta que no cabe identificar la materia «relaciones internacionales» con todo tipo de actividad con alcance o proyección exterior. Ello resulta tanto de la misma literalidad de la Constitución (que ha considerado necesario reservar específicamente al Estado áreas de actuación externa que se consideran distintas de las «relaciones internacionales»: así, «comercio exterior» -art. 149.1.10- o «sanidad exterior» -art. 149.1.16-) como de la interpretación ya efectuada por la jurisprudencia de este tribunal, que ha manifestado que no acepta que «cualquier relación, por lejana que sea, con temas en que estén involucrados otros países o ciudadanos extranjeros, implique por sí sola o necesariamente que la competencia resulte atribuida a la regla «relaciones internacionales» (STC 153/1989, fundamento jurídico 8.). Y, más cercanamente al tema que nos ocupa, hemos sentado que «la dimensión externa de un asunto no puede servir para realizar una

interpretación expansiva del art. 149.1.3 CE, que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de una cierta incidencia exterior, por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas» (STC 80/1993, fundamento jurídico 3. que se remite a las SSTC 153/1989, 54/1990, 76/1991 y 100/1991).

Ahora bien, y aun cuando no quepa identificar toda actividad de proyección exterior con la materia de «relaciones internacionales» que la Constitución reserva a la competencia estatal, no es menos cierto que esa reserva supone forzosamente que quedarán fuera de las competencias de las comunidades autónomas todas aquellas actuaciones que sí sean incluibles en ese título. Sobre ello ya se ha pronunciado este tribunal en varias ocasiones y, sin pretender una descripción exhaustiva de la reserva en favor del Estado, sí ha identificado alguno de los elementos esenciales que conforman su contenido (SSTC 153/1989, fundamento jurídico 8 y 80/1993, fundamento jurídico 3.). Y aun sin pretender llevar a cabo ahora esa tarea, sin embargo, sí cabe señalar en términos generales que, interpretado el art. 149.1.3 CE en relación con otros preceptos de la norma fundamental, como es el caso de los arts. 63, 93 a 96 y 97, de esta interpretación claramente se desprende, de un lado y en sentido negativo, que las «relaciones internacionales», en cuanto materia jurídica, no se identifican en modo alguno con el contenido más amplio que posee dicha expresión en sentido sociológico, ni con cualquier actividad exterior. Ni tampoco, obvio es, con la «política exterior» en cuanto acción política del Gobierno. De otro lado, en sentido positivo, que el objeto de aquella reserva -en términos generales, como se ha dicho- son las relaciones de España con otros Estados independientes y soberanos, el aspecto más tradicional de estas relaciones, y con las organizaciones internacionales gubernamentales. Relaciones que, en todo caso, están regidas por el «derecho internacional general» a que se refiere el art. 96.1 CE, y por los tratados y convenios en vigor para España. Son, pues, las normas del derecho internacional, general o particular, aplicables a España, las que permiten determinar en cada caso tanto el contenido de las mismas como su sujeto. Por lo que este tribunal ha podido referirse, en relación con el art. 149.1.3 C.E., a materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (*ius*



*contrahendi*), y a la representación exterior del Estado (*ius legationis*), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado (SSTC 137/1987, 153/1989 y 80/1993).

En suma, pues, las «relaciones internacionales» objeto de la reserva contenida en el art. 149.1.3 C.E. son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el derecho internacional. Y ello excluye, necesariamente, que los entes territoriales dotados de autonomía política, por no ser sujetos internacionales, puedan participar en las «relaciones internacionales» y, consiguientemente, concertar tratados con Estados soberanos y organizaciones internacionales gubernamentales. Y en lo que aquí particularmente importa excluye igualmente que dichos entes puedan establecer órganos permanentes de representación ante esos sujetos, dotados de un estatuto internacional, pues ello implica un previo acuerdo con el Estado receptor o la organización internacional ante la que ejercen sus funciones. (...)

6. A la vista del alcance de la competencia exclusiva estatal, pues, la posibilidad de las comunidades autónomas de llevar a cabo actividades que tengan una proyección exterior debe entenderse limitada a aquéllas que, siendo necesarias o al menos convenientes, para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales. (...) >>.

En consecuencia, al desestimar la demanda de la Administración general del Estado, el Tribunal Constitucional abrió con su Sentencia 165/1994 una nueva etapa para la acción exterior autonómica.

Es en este nuevo contexto en el que se encuadra la Ley 2/1997, de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, conferencia definida del siguiente modo en su artículo 1:

<<Artículo 1. Definición.

1. La Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, que se regula en la presente ley, es un órgano de cooperación entre el Estado y las comunidades



autónomas para articular adecuadamente la concurrencia de éstas en las cuestiones propias de su participación en los asuntos comunitarios europeos.

2. En particular, la Conferencia debe garantizar la participación efectiva de las comunidades autónomas en la fase de formación de la voluntad del Estado ante las instituciones comunitarias y en la ejecución del derecho comunitario.

3. La Comisión de Coordinadores de Asuntos Comunitarios Europeos será el órgano de apoyo de la Conferencia. Su composición y reglas de funcionamiento serán establecidas por la propia conferencia.>>

Y sus funciones se concretaron en el artículo 3 de la misma ley:

<<Artículo 3. Funciones.

La Conferencia, como órgano de cooperación, de consulta y deliberación entre el Estado y las comunidades autónomas, y sin perjuicio de sus respectivas facultades de actuación en el marco de sus competencias, entenderá de las siguientes materias:

1. La información a las comunidades autónomas y la discusión en común sobre el desarrollo del proceso de construcción europea.

2. La articulación de mecanismos para hacer efectiva la participación de las comunidades autónomas en la formación de la voluntad del Estado en el seno de las comunidades europeas.

3. El tratamiento y resolución con arreglo al principio de cooperación de aquellas cuestiones de alcance general o contenido institucional relacionadas con las comunidades europeas como las siguientes:

a. Procedimientos técnicos para asegurar la recepción de la información comunitaria de carácter general por parte de las comunidades autónomas.

b. Técnica normativa tanto para incorporar las directivas al derecho interno como para aplicar, desarrollar o ejecutar reglamentos y decisiones.

c. Fórmulas de participación en los procedimientos internos para el cumplimiento de

obligaciones ante las instituciones comunitarias.

d. Problemas planteados en la ejecución del derecho comunitario por implicar a varias políticas comunitarias o exigir medidas internas con un cierto grado de coordinación temporal o material.

e. Cuestiones relativas a la participación de las comunidades autónomas en los asuntos relacionados con las comunidades europeas que carezcan de una conferencia sectorial o instrumento equivalente donde ser tratadas.

4. El impulso y seguimiento del procedimiento de participación de las comunidades autónomas, a través de las respectivas conferencias sectoriales u organismo equivalente, en las políticas o acciones comunitarias que afectan a las competencias de aquéllas.

5. Garantizar el cumplimiento en las conferencias sectoriales de los procedimientos y fórmulas de participación de las comunidades autónomas previstos en las materias 3.c) y 4), disponiendo la adecuada aplicación de los mismos.

6. El tratamiento de aquellas otras cuestiones de la participación de las comunidades autónomas en los asuntos relacionados con las comunidades europeas que estimen oportuno.>>

Para Galicia, la aprobación del Decreto 4/1997, de 9 de enero, por el que se crea la Secretaría General de Relaciones con la Unión Europea y Acción Exterior<sup>1</sup>, y de la Ley 3/2003, de 19 de junio, de cooperación para el desarrollo, han sido dos pasos de gran importancia en el afianzamiento de su acción exterior. En el caso de la referida Ley 3/2003, queda claro en su objeto (artículo 1.1): <<El objeto de la presente ley es regular las acciones con que la comunidad gallega asume la responsabilidad de cooperar con otros países para propiciar su desarrollo integral, contribuir a la mejora de las condiciones de vida de sus habitantes y aliviar y corregir las situaciones de pobreza y propiciar un desarrollo humano solidario y estable, que incluya mayores cuotas de libertad y un reparto más justo de los frutos del crecimiento económico.>>

---

<sup>1</sup> La Secretaría General de Relaciones con la Unión Europea se sustituyó por la Dirección General de Relaciones Exteriores y con la Unión Europea, integrada en la Consellería de Presidencia, Administraciones Públicas y Justicia por el Decreto 83/2009, de 21 de abril, sustituido después por el Decreto 253/2012, de 5 de diciembre.

En el ámbito de la Administración general del Estado, esa nueva realidad se plasmó, además, entre otras disposiciones, en la Resolución de 28 de febrero de 2005, de la Secretaría de Estado de Cooperación Territorial, por la que se ordena la publicación de los Acuerdos de 9 de diciembre de 2004, de la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas, sobre la Consellería para Asuntos Autonómicos en la representación permanente de España ante la Unión Europea y sobre la participación de las comunidades autónomas en los grupos de trabajo del Consejo de la Unión Europea.

Cabe finalizar el tema citando otra sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en Pleno, y más reciente en fecha que las ya citadas: la sentencia núm. 193/2013, de 21 noviembre, conflicto positivo de competencia núm. 534-2004, recoge la doctrina constitucional sobre la materia en su fundamento de derecho tercero, en los siguientes términos:

*"Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, debe analizarse, en primer lugar, si, como denuncia el Gobierno de la Nación, el conselleiro de Agricultura y Pesca del Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco al suscribir el Acuerdo de 21 de septiembre de 2003 con el ministro de Pesca y de Economía Marítima de la República Islámica de Mauritania lesionó la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales derivada del art. 149.1.3 CE (RCL 1978, 2836).*

*El tribunal se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el alcance de este título competencial. En la STC 137/1989, de 20 julio (RTC 1989, 137) , que enjuició un supuesto que tiene ciertas similitudes con el que ahora se examina -el objeto del conflicto suscitado era un «comunicado» de colaboración suscrito entre el conselleiro de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de la Xunta de Galicia y la Dirección General del Medio Ambiente del Gobierno del Reino de Dinamarca-, se llegó a la conclusión de que «solo al Estado le es dable concertar pactos internacionales sobre toda suerte de materias» (FJ 5). Esta sentencia declara que esta conclusión se fundamenta no solo en el «art. 149.1.3.<sup>a</sup> del texto constitucional aisladamente considerado, sino que encuentra asimismo fundamento y confirmación en otros preceptos de la Constitución, en los antecedentes de la elaboración de esta y en la interpretación efectuada a propósito por el legislador de los estatutos de autonomía». Esta afirmación se desarrolla en la sentencia argumentando: (a) los arts. 93, 94 y 97 CE, aunque no constituyen ningún título atributivo de competencias,*

*contribuyen a perfilar el título competencial que contiene el art. 149.1.3 CE, ya que estos preceptos, al regular la intervención de las Cortes Generales y del Gobierno en el procedimiento para la celebración de los distintos tratados internacionales, ponen de manifiesto que corresponde al Estado en exclusiva el ius contrahendi [derecho de obligarse]. (b) La STC 137/1989, de 20 de julio, FJ 4, pone de manifiesto que «los constituyentes tuvieron ocasión de pronunciarse sobre la cuestión del ius contrahendi de las comunidades autónomas a resultas de una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco al anteproyecto constitucional, enmienda en la que se proponía que la competencia exclusiva del Estado se entendiese sin perjuicio de que en aquellas materias comprendidas en el ámbito de la potestad normativa de los territorios autónomos estos puedan concertar acuerdos con el consentimiento del Gobierno del Estado. La enmienda fue derrotada en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso y retirada en el debate plenario por sus promotores.» (c) «[L]os estatutos de autonomía se limitan, en la cuestión que examinamos, a facultar, en general, a las comunidades autónomas para instar del Estado la negociación de ciertos tratados y/o para recibir información acerca de la negociación relativa a los tratados referentes a ciertas materias.»*

*A la misma conclusión han llegado las SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 87, y 80/2012, de 18 de abril, FJ 4, esta última con motivo del recurso de inconstitucionalidad contra el art. 16.6 de la Ley del Parlamento Vasco 14/1998, de 11 de junio, del deporte. En esta resolución, el tribunal, reiterando la doctrina existente, especialmente en las SSTC 137/1989, de 20 de julio y 165/1994, de 26 de mayo, afirma que el objeto de la reserva del art. 149.1.3 CE se refiere, aunque no solo, a «materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (ius contrahendi), y a la representación exterior del Estado (ius legationis), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado (SSTC 137/1987, 153/1989 y 80/1993)», y por ello sostiene que «la posibilidad de las comunidades autónomas de llevar a cabo actividades que tengan una proyección exterior debe entenderse limitada a aquellas que, siendo necesarias, o al menos convenientes para el ejercicio de sus competencias, no impliquen el ejercicio de un ius contrahendi, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado y no generen responsabilidad de este frente a*

*Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales» ( STC 165/1994, de 26 de mayo, FJ 6)”.*

Y a la vista de esta doctrina concluye en el supuesto concreto (fundamento de derecho cuarto):

*"De este modo, como el acuerdo suscrito tenía como objeto que las partes contrajeran obligaciones en el ámbito del derecho internacional, la celebración del mismo supuso ejercer el ius contrahendi. Tal conclusión conlleva que el acto del conselleiro de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco de la Comunidad Autónoma del País Vasco vulnere las competencias que el art. 149.1.3 CE atribuye al Estado, pues al suscribir el referido acuerdo estaba celebrando un tratado internacional y, como se ha expuesto al analizar la jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.3 CE, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal «solo al Estado le es dable concertar pactos internacionales sobre toda suerte de materias», pues, el Estado es «el único sujeto dotado de ius contrahendi en la esfera de las relaciones internacionales» ( STC 137/1989, de 20 de julio , FJ 5)”.*

**JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ**

LIC. EN CC. POLÍTICAS Y DE LA ADM.

(ESPECIALIDAD *RELACIONES INTERNACIONALES*).

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DERECHO

**REVISADO POR ISABEL TORRALBA**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA:**

-Constitución española de 1978.

- Carta constituyente de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco, el 26 de junio 1945.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969.
- Convenio de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 18 de abril de 1961.
- Declaración 1/1992, del Tribunal Constitucional español, sobre el Tratado de la Unión Europea.
- Declaración 1/2004, del Tribunal Constitucional español, sobre el Tratado por el que se establece una constitución para Europa.
- STC 154/1985.
- STC 137/1989.
- STC 165/1994.
- Ley 2/1997, de 13 de marzo, por la que se regula la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas.

## **TEMA 2**

**LA UNIÓN EUROPEA. NATURALEZA, OBJETIVOS  
Y FINES. NACIMIENTO Y FASES DE SU  
EVOLUCIÓN. LOS TRATADOS ORIGINARIOS Y  
DE MODIFICACIÓN.**

## **TEMA 2. LA UNIÓN EUROPEA. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FINES. NACIMIENTO Y FASES DE SU EVOLUCIÓN. LOS TRATADOS ORIGINARIOS Y DE MODIFICACIÓN.**

### **2.1. LA UNIÓN EUROPEA.**

Antes de convertirse en un objetivo político real, la idea de unir Europa no era más que un sueño de filósofos y visionarios. Víctor Hugo, por ejemplo, imaginó unos pacíficos "Estados Unidos de Europa" inspirados por ideales humanistas. El sueño se truncó a consecuencia de las dos terribles guerras que asolaron el continente durante la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, de los escombros de la Segunda Guerra Mundial surgió un nuevo tipo de esperanza. Quienes se habían opuesto al totalitarismo durante la guerra estaban decididos a poner fin al odio y la rivalidad entre las naciones de Europa y a crear las condiciones para el establecimiento de una paz duradera. Entre 1945 y 1950, una serie de estadistas, entre los que se cuentan Robert Schuman, Konrad Adenauer, Alcide de Gasperi y Winston Churchill, emprenden la tarea de persuadir a sus pueblos sobre la necesidad de entrar en una nueva era y de crear nuevas estructuras en Europa occidental, basadas en los intereses comunes y asentadas en tratados que garantizasen el Estado de derecho y la igualdad de todos los países.

Robert Schuman (ministro francés de Asuntos Exteriores) recogió una idea originalmente concebida por Jean Monnet y, el 9 de mayo de 1950, propuso la creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). Situar bajo una autoridad común, la Alta Autoridad, la producción de carbón y acero de países en otro tiempo enemigos, contenía una enorme carga simbólica: las materias primas de la guerra se transformaban en instrumentos de reconciliación y de paz. De este impulso fundacional nacerían y se desarrollarían las Comunidades Europeas.

### **2.2. NATURALEZA, OBJETIVOS Y FINES.**

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, se ha perfilado de una manera más nítida la nueva Unión Europea, heredera de las primeras Comunidades Europeas.



En la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa (DOUE C 83, de 30.3.2010), los fundadores definen a esta organización internacional *sui generis* del siguiente modo:

«Artículo 1 (antiguo artículo 1 del TUE)

Por el presente tratado, las ALTAS PARTES CONTRATANTES constituyen entre sí una UNIÓN EUROPEA, en lo sucesivo denominada «Unión», a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes.

El presente tratado constituye una nueva etapa en el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible.

La Unión se fundamenta en el presente tratado y en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo denominados «los Tratados»). Ambos Tratados tienen el mismo valor jurídico. La Unión sustituirá y sucederá a la Comunidad Europea.»

«Artículo 2

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.

Artículo 3 (antiguo artículo 2 del TUE)

1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.
2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.
3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios,

en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

4. La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro.

5. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, a la seguridad, al desarrollo sostenible del planeta, a la solidaridad y al respeto mutuo entre los pueblos, al comercio libre y justo, a la erradicación de la pobreza y a la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

6. La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados.»

Además, el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea reafirma la naturaleza de Unión de derecho y regida por el derecho, al incorporar la consagración de derechos cívicos que la propia Unión ha de fomentar y respetar:

«Artículo 6 (antiguo artículo 6 del TUE)

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.

3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del derecho de la Unión como principios generales.»

Seguidamente, el Tratado de la Unión Europea recoge en su título II «Disposiciones sobre los principios democráticos» cuatro artículos que contribuyen a reforzar el carácter *sui generis* de la Unión, distanciado de las meras organizaciones internacionales, ya que reconoce el protagonismo de los ciudadanos de la Unión a través de diversas vías y procedimientos:

#### «Artículo 9

La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla.»

#### «Artículo 10

1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa.
2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo.

Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su jefe de Estado

o de Gobierno y en el Consejo por sus gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos.

3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos.

4. Los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión.»

#### «Artículo 11

1. Las instituciones darán a los ciudadanos y a las asociaciones representativas, por los cauces apropiados, la posibilidad de expresar e intercambiar públicamente sus opiniones en todos los ámbitos de actuación de la Unión.

2. Las instituciones mantendrán un diálogo abierto, transparente y regular con las asociaciones representativas y la sociedad civil.

3. Al objeto de garantizar la coherencia y la transparencia de las acciones de la Unión, la Comisión Europea mantendrá amplias consultas con las partes interesadas.

4. Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados.

Los procedimientos y las condiciones preceptivos para la presentación de una iniciativa de este tipo se fijarán de conformidad con el párrafo primero del artículo 24 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.»

#### «Artículo 12

Los parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual:

a) serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea;

- b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;
- c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo 70 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 88 y 85 de dicho tratado;
- d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 del presente tratado;
- e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 del presente tratado;
- f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.»

### **2.3. NACIMIENTO Y FASES DE SU EVOLUCIÓN.**

En una primera aproximación podemos agrupar la evolución histórica de la Unión Europea en diez grandes hitos:

1.- 1951: los seis miembros fundadores establecen la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

El 9 de mayo de 1950, la Declaración de Schuman propuso la creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que se hizo realidad con el Tratado de París de 18 de abril de 1951. Esto marcaba la apertura de un mercado común del carbón y el acero entre los seis países fundadores (Bélgica, la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos).

2.- 1957: se establece un mercado común mediante el Tratado de Roma.

Los Seis decidieron entonces, con el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, construir una Comunidad Económica Europea (CEE) basada en un mercado común más amplio que

abarcará toda una gama de bienes y servicios. El 1 de julio de 1968 se suprimieron completamente los derechos de aduana entre los seis países y a lo largo de la década de los sesenta se implantaron las políticas comunes, especialmente la política agrícola y la política comercial.

3.- 1973: la Comunidad se amplía a nueve Estados miembros y desarrolla sus propias políticas comunes.

El éxito de los Seis impulsó a Dinamarca, a Irlanda y al Reino Unido a unirse a la Comunidad. Esta primera ampliación, de seis a nueve miembros, se produjo en 1973, coincidiendo con la puesta en marcha de nuevas políticas sociales y medioambientales y la creación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Feder) en 1975.

4.- 1979: primeras elecciones directas al Parlamento Europeo.

En junio de 1979 se produjo un avance decisivo para la Comunidad Europea con las primeras elecciones al Parlamento Europeo por sufragio universal directo.

5.- 1981: primera ampliación mediterránea.

Las adhesiones de Grecia en 1981, y de España y Portugal en 1986, reforzaron la presencia de la Comunidad en el flanco sur de Europa, haciendo al mismo tiempo más necesaria la ampliación de sus programas de ayuda regional.

6.- 1993: finalización del mercado único.

La recesión económica mundial sufrida a comienzos de los años ochenta trajo consigo una oleada de "europesimismo". No obstante, la esperanza de relanzamiento de la dinámica europea surgió de nuevo en 1985 cuando la Comisión Europea, presidida por Jacques Delors, decide publicar un libro blanco que establecía el calendario para la construcción del mercado único europeo, cuya finalización debía producirse antes del 1 de enero de 1993. Este ambicioso objetivo quedó consagrado en el Acta única europea, que se firmó en febrero de 1986 y entró en vigor el 1 de julio de 1987.

7.- 1993: el Tratado de Maastricht establece la Unión Europea.

La estructura política de Europa sufrió una profunda transformación con la caída del muro de Berlín en 1989; ésta dio lugar a la unificación de Alemania en octubre de 1990 y a la

llegada de la democracia a los países de Europa Central y Oriental, que se liberaban así del control soviético. La propia Unión Soviética dejó de existir en diciembre de 1991. Mientras tanto, los Estados miembros negociaban el nuevo Tratado de la Unión Europea, que fue adoptado por el Consejo Europeo, compuesto por los jefes de Estado o de Gobierno, reunido en Maastricht en diciembre de 1991. El Tratado entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Al añadir a las estructuras comunitarias integradas un sistema de cooperación intergubernamental en algunos ámbitos, el Tratado creaba la Unión Europea.

8.- 1995: la UE se amplía a quince miembros.

Este nuevo dinamismo europeo y la evolución de la situación geopolítica del continente llevaron a tres nuevos países -Austria, Finlandia y Suecia- a adherirse a la Unión el 1 de enero de 1995.

9.- 2002: introducción de los billetes y las monedas de euro.

Por aquel entonces, la UE estaba camino de alcanzar su logro más espectacular hasta la fecha: la creación de una moneda única. En 1999 se introdujo el euro para las transacciones financieras (no monetarias), mientras que tres años más tarde se emitían billetes y monedas en los doce países del espacio del euro (también denominado comúnmente como "zona euro").

En marzo de 2000, la UE adoptó la Estrategia de Lisboa con vistas a modernizar la economía europea para que pudiese competir con los principales actores del mercado mundial, como los Estados Unidos y los países recientemente industrializados. La Estrategia de Lisboa fomenta la inversión en innovación y empresa, así como la adaptación de los sistemas educativos europeos para que puedan responder a las necesidades de la sociedad de la información.

10.- 2004: diez nuevos países se adhieren a la Unión.

Recién constituida la Europa de los Quince, se iniciaron los preparativos para una nueva ampliación sin precedentes. A mediados de los años noventa, comenzaron a llamar a la puerta de la UE los antiguos miembros del bloque soviético (Bulgaria, la República Checa, Hungría, Polonia, Rumanía y Eslovaquia), los tres Estados bálticos que una vez formaron parte de la Unión Soviética (Estonia, Letonia y Lituania), una de las repúblicas de la

antigua Yugoslavia (Eslovenia) y dos países mediterráneos (Chipre y Malta). Las negociaciones de adhesión se iniciaron en diciembre de 1997. La ampliación de la UE a veinticinco países tuvo lugar el 1 de mayo de 2004, con la adhesión de diez de los doce candidatos. La adhesión de Bulgaria y Rumanía se produjo el 1 de enero de 2007.

De una forma más detallada podemos indicar los siguientes hechos relevantes:

- 19.9.1946: llamamiento de Winston Churchill a favor de una "especie de Estados Unidos de Europa" en un discurso pronunciado en la Universidad de Zurich.
- 17.12.1946: se crea en París la Unión de Federalistas Europeos.
- 1.6.1947: René Courtin crea el Consejo Francés para una Europa Unida, que será absorbido posteriormente por el Movimiento Europeo (1953). Promovidos por los demócratas cristianos, se crean los *Nouvelles Equipes Internationales*, que más tarde se convertirán en la *Union européenne des démocrates-chrétiens* (Unión Europea Demócrata Cristiana) (1965).
- 3.6.1947: se funda el Movimiento por los Estados Unidos Socialistas de Europa, que en 1961 pasará a llamarse Izquierda Europea.
- 5.6.1947: se anuncia el Plan Marshall, creado para la reconstrucción económica de Europa.
- 27-31.8.1947: se celebra en Montreux, Suiza, el Congreso de la Unión de Federalistas Europeos.
- 13-14.12.1947: las organizaciones de federalistas y unionistas se reúnen en el Comité de coordinación internacional de movimientos para la unificación europea.
- 17.3.1948: Bélgica, Francia, Luxemburgo, los Países Bajos y el Reino Unido firman el Tratado de la Unión Occidental (Tratado de Bruselas).
- 16.4.1948: se crea la Organización Europea para la Cooperación Económica (OECE) con el fin de coordinar el plan Marshall.
- 7-11.5.1948: promovido por el Comité de coordinación internacional de movimientos para la unificación europea, se celebra en La Haya, Países Bajos, el Congreso Europeo, presidido por Winston Churchill y al que asisten 800 delegados.



Los participantes recomiendan la creación de una asamblea deliberativa europea y un Consejo especial europeo que se encarguen de preparar la integración política y económica de los países europeos. También aconsejan la aprobación de una Carta de los derechos humanos y la creación de un Tribunal de Justicia para garantizar el respeto a dicha carta.

- 28.1.1949: Francia, Gran Bretaña y los países del Benelux deciden crear un Consejo de Europa y piden a Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega y Suiza que participen en la preparación de su estatuto.
- 4.4.1949: firma en Washington del Tratado del Atlántico Norte.
- 5.5.1949: el estatuto del Consejo de Europa se firma en Londres, Reino Unido.
- 10.8.1949: se celebra en Estrasburgo la primera sesión de la Asamblea consultiva del Consejo de Europa. Los miembros federalistas del Parlamento piden la creación de una autoridad política europea.
- 9.5.1950: en un discurso inspirado por Jean Monnet, el ministro de Asuntos Exteriores francés, Robert Schuman, propuso integrar las industrias del carbón y el acero de Europa Occidental.
- 3.6.1950: Bélgica, Francia, Luxemburgo, Italia, los Países Bajos y Alemania suscriben la Declaración Schuman.
- 26-28.8.1950: la Asamblea del Consejo de Europa aprueba el Plan Schuman.
- 19.9.1950: se crea la Unión Europea de Pagos.
- 4.11.1950: firma de los convenios de derechos humanos y derechos fundamentales en Roma.
- 15.2.1951: se celebra en París una reunión para crear una Comunidad Europea de Defensa. Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Alemania asisten a la reunión junto a seis países observadores (EE.UU., Canadá, Dinamarca, Noruega, el Reino Unido y Países Bajos).
- 18.4.1951: los Seis (Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo, Países Bajos) firman el Tratado de París por el que se crea la Comunidad Europea del Carbón y

del Acero (CECA).

- 10.12.1951: Paul-Henri Spaak abandona la presidencia de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa en protesta por la tibia actitud del Reino Unido hacia Europa.
- 27.5.1952: los Seis (Bélgica, Francia, Alemania, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos) firman en París el Tratado de la Comunidad Europea de Defensa (CED).
- 23.7.1952: entra en vigor el Tratado CECA. Se nombra a Jean Monnet presidente de la Alta Autoridad y a Paul-Henri Spaak de la Asamblea Común.
- 10.11.1952: el Acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio (GATT) decide conceder a los seis una derogación del tratamiento de nación más favorecida, para permitir que cumplan las obligaciones derivadas del Tratado CECA.
- 1.1.1953: entra en vigor la exacción CECA, primer impuesto europeo.
- 10.2.1953: se crea el mercado común del carbón y del mineral de hierro. Los Seis suprimen los derechos de aduana y las restricciones cuantitativas sobre estas materias primas.
- 9.3.1953: Paul-Henri Spaak, presidente de la Asamblea *ad hoc* creada el 10 de septiembre de 1952, remite a G. Bidault, Presidente del Consejo de la CECA, un proyecto de tratado para constituir una Comunidad Europea de carácter político.
- 11.5.1954: se elige al alcalde de Gasperi presidente de la Asamblea Parlamentaria Europea.
- 20-23.8.1954: los Seis se reúnen en Bruselas. El político francés Pierre Mendès France no tiene éxito en su petición de atenuar al carácter supranacional de la Comunidad Europea de Defensa (CED).
- 30.8.1954: la Asamblea Nacional francesa rechaza el Tratado de la Comunidad Europea de Defensa.
- 23.10.1954: tras la Conferencia de Londres, se firman en París los acuerdos sobre un Tratado de Bruselas modificado y nace la Unión Europea Occidental (UEO).
- 10.11.1954: Jean Monnet, presidente de la Alta Autoridad de la CECA dimite tras el fracaso de la CED.

- 21.12.1954: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dicta su primera sentencia.
- 1.6.1955: René Mayer es elegido presidente de la Alta Autoridad de la CECA. A la vez, los ministros de Asuntos Exteriores de los Seis, reunidos en Messina (Italia), coinciden en desear la integración económica de sus países.
- 8.12.1955: el Consejo de Ministros del Consejo de Europa adopta como emblema la bandera azul con 12 estrellas de oro.
- 6.5.1956: Paul-Henri Spaak, ministro de Asuntos Exteriores belga, presenta a sus colegas de la CECA un informe sobre los proyectos de tratados comunitarios que prevén la creación de la CEE y del Euratom.
- 29.5.1956: se aprueba el informe Spaak. En su reunión de Venecia, los ministros de Asuntos Exteriores deciden abrir negociaciones intergubernamentales para celebrar dos tratados por los que se crearán una Comunidad Económica Europea y una Comunidad Europea de la Energía Atómica.
- 26.6.1956: se abren en Bruselas las negociaciones para la redacción de los textos fundadores de la CEE y del Euratom.
- 25.3.1957: los Tratados constitutivos de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) son firmados por los Seis (Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos) en Roma y a partir de entonces serán conocidos como los Tratados de Roma.
- 1.1.1958: los Tratados de Roma entran en vigor. Las Comunidades de la CEE y del Euratom empiezan a trabajar en Bruselas. La Asamblea Parlamentaria, establecida en Luxemburgo, y el Tribunal de Justicia son comunes a las tres Comunidades.
- 7.1.1958: Walter Hallstein es elegido presidente de la Comisión de la CEE, Louis Armand, presidente de la Comisión del Euratom, y Paul Finet, presidente de la Alta Autoridad de la CECA.
- 26.1.1958: los Seis deciden crear el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) para preparar el trabajo de los consejos.

- 19.3.1958: la sesión por la que se crea la Asamblea Parlamentaria Europea se celebra en Estrasburgo, Francia. Robert Schuman es elegido Presidente de la misma. Esta asamblea sustituirá a la de la CECA.
- 15.4.1958: el primer reglamento del Consejo instituye al alemán, francés, italiano y holandés como las lenguas oficiales de las Comunidades.
- 20.4.1958: se publica el primer *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, que sustituye al *Diario Oficial de la CECA*.
- 13.5.1958: los diputados de la Asamblea Parlamentaria se sientan por primera vez según sus grupos políticos y no según su nacionalidad.
- 3-11.7.1958: una conferencia celebrada en Stresa (Italia) fija las bases de una política agrícola común (PAC).
- 7.10.1958: se crea y se establece en Luxemburgo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que reemplaza al de la CECA.
- 29.12.1958: el Acuerdo monetario europeo entra en vigor.
- 1.1.1959: se toman las primeras medidas para abolir progresivamente los derechos de aduana y las cuotas en la CEE.
- 20-21.7.1959: siete países de la Organización Europea de Cooperación Económica (OCEE), Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, el Reino Unido, Suecia y Suiza, deciden establecer una Asociación Europea de Libre Comercio (AELC).
- 13.10.1959: Pierre Wigny, ministro de Asuntos Exteriores belga, lanza la idea de reunir en una sola institución a la Alta Autoridad de la CECA y a las dos comisiones (CEE y Euratom) establecidas por el Tratado de Roma.
- 4.1.1960: firma en Estocolmo del Convenio europeo de la asociación de libre comercio (AELC), compuesta por Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza y Reino Unido.
- 3.5.1960: entra en vigor el Convenio de Estocolmo, por el que se crea la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC).
- 11.5.1960: adopción por el Consejo del reglamento relativo al Fondo Social

Europeo, cuyo objetivo es fomentar el empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores en la Comunidad.

- 14.12.1960: la Organización para la Cooperación Económica Europea (OCEE) se convierte en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).
- 18.7.1961: celebración en Bonn de una cumbre europea, en la que los Seis expresan su deseo de crear una unión política.
- 1.9.1961: entra en vigor el primer reglamento sobre la libre circulación de los trabajadores.
- 14.1.1962: adopción por el Consejo de los primeros reglamentos sobre la Política agrícola común (PAC), instaurada con el fin de crear un mercado único de productos agrícolas y fomentar la solidaridad financiera a través del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA).
- 13.10.1962: adopción por el Consejo de la primera directiva de carácter general en materia de alimentación, por la que se especifican los colorantes que pueden añadirse a los productos alimenticios en la CEE.
- 5.2.1963: Sentencia *Van Gend en Loos*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirma que la Comunidad implica un nuevo ordenamiento jurídico, en cuyo beneficio los Estados miembros han consentido restringir sus derechos soberanos.
- 4.9.1963: fallece Robert Schuman.
- 23-24.9.1963: acuerdo de principio del Consejo sobre la cuestión de la fusión de los ejecutivos.
- 1.7.1964: creación del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA).
- 15.7.1964: Sentencia *Costa/ENEL*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sostiene que el derecho comunitario prima sobre el derecho nacional.
- 18.9.1964: acuerdo del Consejo sobre la composición de la Comisión única, que contará por fin con nueve miembros.

- 8.4.1965: firma en Bruselas del Tratado de fusión de los ejecutivos de las tres comunidades (CECA, CEE, Euratom), que entra en vigor el 1 de julio de 1967.
- 1.7.1965: Francia rompe las negociaciones sobre la financiación de la política agrícola común (PAC). El Gobierno francés retira a su representante permanente y durante un tiempo la delegación francesa deja de participar en las reuniones del Consejo y del Comité de Representantes Permanentes.
- 1.1.1966: tercera y última fase de la transición al Mercado Común, con la sustitución del voto por unanimidad por el sistema mayoritario en casi todas las decisiones del Consejo.
- 28-29.1.1966: Compromiso de Luxemburgo. Francia, tras practicar durante siete meses la política de la silla vacía, vuelve a ocupar su puesto en el Consejo a cambio del mantenimiento del voto por unanimidad en asuntos en que estén en juego intereses vitales.
- 9.2.1967: decisión del Consejo de Ministros de la CEE de armonizar los impuestos indirectos en la Comunidad, adopción del principio del sistema impositivo sobre el valor añadido y aprobación del primer programa de política económica a medio plazo, por el que se definen y fijan los objetivos de la política económica de la Comunidad para los años siguientes.
- 1.7.1967: entra en vigor el Tratado de fusión de los ejecutivos de las Comunidades Europeas (CECA, CEE, Euratom). A partir de ese momento las Comunidades Europeas cuentan con una única Comisión y un único Consejo, si bien ambos siguen actuando con arreglo a las normas por las que se rige cada una de las comunidades.
- 1.7.1968: entra en vigor la unión aduanera. Abolición, 18 meses antes de lo previsto por el Tratado de Roma, de los derechos de aduana del comercio intracomunitario e instauración del arancel aduanero común, en sustitución de los derechos de aduana nacionales aplicables al comercio con el resto del mundo.
- 12.11.1969: Sentencia *Stauder*. Primeras observaciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la protección del individuo, en las que sostiene

que los principios generales del derecho comunitario incluyen los derechos fundamentales del individuo.

- 4-6.3.1970: presentación por la Comisión al Consejo de un memorándum sobre la preparación del plan de creación de la Unión Económica y Monetaria. El Consejo encarga a un comité de expertos presidido por Pierre Werner que elabore propuestas para crear una Unión Económica y Monetaria, y confía a otro, presidido por Étienne Davignon, que elabore propuestas sobre cooperación política.
- 22.4.1970: firma del Tratado de Luxemburgo. Decisión del Consejo de ir introduciendo paulatinamente un sistema de recursos propios en virtud del cual la Comunidad recibirá todos los derechos de aduana de los productos importados de países no miembros, todas las exacciones por importación de productos agrarios y parte de los recursos procedentes del impuesto sobre el valor añadido. Decisión de ampliar los poderes presupuestarios del Parlamento Europeo.
- 17.12.1970: Sentencia *Internationale Handelsgesellschaft*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas clarifica la idea de los derechos fundamentales en el derecho comunitario y declara que, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, la protección de dichos derechos debe estar garantizada en el marco de las estructuras y objetivos comunitarios.
- 22.3.1971: adopción, por el Consejo, del Plan Werner de mejora de la coordinación de las políticas económicas, en virtud del cual los Estados miembros tienen que tomar medidas para armonizar sus políticas presupuestarias y reducir el margen de fluctuación de sus monedas.
- 22.1.1972: firma por Dinamarca, Irlanda, Noruega y el Reino Unido de los Tratados de adhesión a las Comunidades Europeas.
- 24.4.1972: creación de la serpiente monetaria: acuerdo de los Seis para limitar al 2,25% el margen de fluctuación de sus monedas.
- 10.5.1972: Irlanda se pronuncia en referéndum a favor de la adhesión a las Comunidades Europeas.



- 25.9.1972: Noruega se pronuncia en referéndum en contra de la adhesión a las Comunidades Europeas.
- 2.10.1972: Dinamarca se pronuncia en referéndum a favor de la adhesión a las Comunidades Europeas.
- 16.10.1972: ratificación por el Reino Unido de los actos relativos a la adhesión a las Comunidades Europeas.
- 1.1.1973: Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido ingresan en las Comunidades Europeas. Entra en vigor el Acuerdo de libre comercio celebrado entre la Comunidad y Austria, Suiza, Portugal y Suecia.
- 8.2.1973: creación de la Confederación Europea de Sindicatos.
- 21.2.1973: Sentencia *Continental Can*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que incurre en abuso de poder, en el sentido de lo dispuesto en el Tratado CEE, toda empresa que ocupe una posición dominante e intente lograr mediante concentraciones un grado de poder tal que implique de hecho la supresión de la libre competencia.
- 21.6.1974: Sentencia *Reyners*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que los Estados miembros deben abstenerse de aplicar toda ley, reglamento, disposición o práctica administrativa que, en comparación con las aplicadas a sus propios ciudadanos, resulte discriminatoria para todo ciudadano de otro Estado miembro que desee emprender una actividad empresarial en él.
- 3.12.1974: Sentencia *Binsbergen*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que todo ciudadano comunitario puede invocar ante los tribunales nacionales la legislación comunitaria en materia de libre prestación de servicios, en la medida en que el objeto de la disposición comunitaria sea suprimir las discriminaciones de que pueda ser víctima un prestador de servicios por razones de nacionalidad, o porque resida en un Estado miembro distinto de aquél en el que preste sus servicios.
- 9-10.12.1974: celebración en París de una cumbre de jefes de Estado y de Gobierno, en la que se decide celebrar tres reuniones anuales en calidad de



Consejo Europeo, se da vía libre a la celebración de elecciones directas al Parlamento Europeo y se acuerda crear el Fondo Europeo de Desarrollo Regional y la Unión Económica y Monetaria. Petición para que el primer ministro belga, Sr. Tindemans, elabore para finales de 1975 un informe sucinto sobre la Unión Europea.

- 28.2.1975: firma en Lomé, por la Comunidad y 46 países de África, del Caribe y del Pacífico (ACP) del convenio conocido como Lomé I, que sustituye a los de Yaoundé.
- 18.3.1975: creación por el Consejo del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y del Comité de Política Regional.
- 9.4.1975: 369 miembros de la Cámara de los Comunes británica votan a favor de la pertenencia del Reino Unido en la Comunidad frente a 170 en contra.
- 5.6.1975: el 67,2% de los votantes británicos se declara a favor de que el Reino Unido siga perteneciendo a la Comunidad.
- 22.7.1975: firma de un Tratado, que entrará en vigor en junio de 1977, por el que se conceden al Parlamento Europeo poderes presupuestarios y se crea el Tribunal de Cuentas.
- 15.12.1975: firma del Convenio comunitario sobre patentes europeas en el mercado común (patente comunitaria).
- 3.11.1976: decisión del Consejo por la que a partir del 1 de enero de 1977 los Estados miembros pueden ampliar hasta las 200 millas los límites de sus zonas de pesca en el Mar del Norte y en el Atlántico Norte. Dicha decisión marca el principio de la Política Pesquera Común.
- 28.7.1976: solicitud formal de adhesión de España a las Comunidades Europeas.
- 9.3.1978: Sentencia *Simmenthal*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consolida el principio de primacía del derecho comunitario.
- 29.11.1978: Dictamen favorable de la Comisión sobre la solicitud de adhesión española. Fecha prevista para el inicio de las negociaciones el 5 de febrero de 1979.
- 4-5.12.1978: celebración en Bruselas del Consejo Europeo. Creación del Sistema

monetario europeo basado en una unidad monetaria europea: el ecu.

- 6.2.1979: adopción formal por el Consejo de las directrices sobre política regional comunitaria y de las modificaciones del Reglamento de 1975 por el que se establece el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Feder).
- 20.2.1979: Sentencia *Cassis de Dijon*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara que los consumidores pueden tener acceso a productos alimenticios de otros Estados miembros, a condición de que éstos hayan sido fabricados y comercializados legalmente en un Estado miembro y no planteen problemas graves de salud o resulten perjudiciales para el medio ambiente.
- 13.3.1979: entra en vigor el sistema monetario europeo.
- 16.3.1979: muere Jean Monnet.
- 28.5.1979: firma en Atenas del Acta de adhesión de Grecia a las Comunidades.
- 7-10.6.1979: primeras elecciones al Parlamento Europeo por sufragio universal directo.
- 1.1.1981: Grecia se convierte en el décimo miembro de la Comunidad Europea.
- 23.2.1982: en un referéndum consultivo, Groenlandia, que se había convertido en miembro de la Comunidad Europea como parte de Dinamarca, opta por retirarse de la Comunidad.
- 25.7.1983: el Consejo adopta una resolución sobre los programas marco para las actividades comunitarias de investigación, desarrollo y demostración, así como el Primer programa marco para el periodo de 1984-87.
- 14.9.1983: el diputado europeo Altiero Spinelli presenta al Parlamento Europeo un Proyecto de Tratado para la fundación de la Unión Europea.
- 14.12.1983: el Consejo logra un acuerdo global sobre la política pesquera común.
- 25-26.6.1984: los Diez logran un acuerdo en el Consejo Europeo de Fontainebleau sobre el importe de la compensación que se concederá al Reino Unido para reducir su contribución al presupuesto comunitario.
- 7.1.1985: entra en funciones la nueva Comisión presidida por el francés Jacques

Delors.

- 13.2.1985: Sentencia del asunto *Gravier*. El Tribunal de Justicia aplica el principio de no discriminación por nacionalidad a un estudiante francés, a quien no puede imponérsele el pago de una matrícula más elevada que a los estudiantes belgas para estudiar en Bélgica.
- 12.6.1985: firma de los Tratados de adhesión de España y Portugal.
- 14.6.1985: se firma en Schengen, Luxemburgo, el Acuerdo sobre la eliminación de controles fronterizos entre Bélgica, Alemania, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos.
- 1.1.1986: adhesión de España y Portugal a las Comunidades Europeas.
- 17 y 28.2.1986: se firma en Luxemburgo y La Haya el Acta única europea, por la que se modifica el Tratado de Roma.
- 29.5.1986: la bandera europea, adoptada por las instituciones comunitarias, se iza por primera vez ante el edificio Berlaymont a los sonos del himno de Europa.
- 13.5.1987: el Banco de España firma un acuerdo para entrar en el Sistema monetario europeo.
- 1.7.1987: entra en vigor el Acta Única Europea.
- 24.10.1988: el Consejo Europeo adopta una decisión por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.
- 2.2.1989: Sentencia del asunto *Cowan*. El Tribunal de Justicia dictamina sobre el principio de la no discriminación basada en la nacionalidad. Concede a un turista británico que fue atacado en el metro de París las mismas prestaciones de indemnización que se hubieran concedido a un ciudadano francés.
- 19.6.1989: la peseta española entra en el mecanismo de tipos de cambio del Sistema monetario europeo (SME); se ajusta la composición del ecu tras la inclusión de la peseta española y del escudo portugués.
- 9.11.1989: cae el muro de Berlín.
- 1.7.1990: entra en vigor la primera fase de la Unión Económica y Monetaria (UEM).

Se concede un régimen excepcional a cuatro Estados miembros (España, Portugal, Grecia e Irlanda) habida cuenta de su insuficiente progreso hacia la integración financiera.

- 3.10.1990: los Länder de la República Democrática Alemana se integran en la República Federal Alemana y pasan a ser parte de la Comunidad.
- 14.4.1991: se inaugura en Londres el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BERD).
- 19.11.1991: Sentencia *Francovich*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara que todo Estado miembro que lesione a un particular infringiendo el derecho comunitario debe pagarle una compensación.
- 9-10.12.1991: celebración en Maastricht del Consejo Europeo. Acuerdo sobre el proyecto de Tratado de la Unión Europea.
- 7.2.1992: firma en Maastricht del Tratado de la Unión Europea por los ministros de Asuntos Exteriores y de Economía de los Estados miembros.
- 2.5.1992: firma en Oporto del acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- 2.6.1992: referéndum en Dinamarca, contrario a la ratificación del Tratado de la Unión Europea.
- 18.6.1992: celebración de un referéndum en Irlanda, para la ratificación del Tratado sobre la Unión Europea.
- 20.9.1992: celebración de un referéndum en Francia, a favor de la ratificación del Tratado sobre la Unión Europea.
- 1.1.1993: entra en vigor el mercado único europeo.
- 18.5.1993: voto de Dinamarca a favor del Tratado sobre la Unión Europea en un segundo referéndum.
- 1.11.1993: finalizan todos los procedimientos de ratificación y entra en vigor el Tratado de la Unión Europea.
- 1.1.1994: segunda etapa de la Unión Económica y Monetaria y creación del Instituto Monetario Europeo (IME). Entra en vigor el acuerdo por el que se

establece el Espacio Económico Europeo (EEE).

- 9-10.3.1994: celebración de la sesión inaugural del Comité de las Regiones, creado por el Tratado de la Unión Europea.
- 14.7.1994: Sentencia *Faccini-Dori*. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establece que todo Estado miembro que lesione a un particular por omitir transponer a la legislación nacional una directiva comunitaria debe abonar a dicho particular una compensación, siempre que se satisfagan determinadas condiciones.
- 1.1.1995: Austria, Finlandia y Suecia se convierten en miembros de la Unión Europea, previa aprobación de sus respectivos referenda. Noruega rechaza la adhesión mediante otro referéndum.
- 5.3.1996: sentencias de los asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*. El Tribunal de Justicia especifica en qué circunstancias un Estado miembro que viole el derecho comunitario puede considerarse responsable de los daños causados a un ciudadano.
- 8.10.1996: Sentencia del asunto *Dillenkofer*. El Tribunal de Justicia declara que un Estado miembro que, infringiendo el derecho comunitario, no incorpore a su legislación nacional una directiva dentro del plazo fijado, podrá ser condenado a indemnizar los daños ocasionados a un particular.
- 17.4.1997: el Tribunal de Justicia amplía el principio de la igualdad de trato de hombres y mujeres para la concesión de pensiones de viudedad en el ámbito de los regímenes de seguros vinculados a la actividad laboral.
- 2.10.1997: los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea firman el Tratado de Amsterdam.
- 28.4.1998: Sentencia de los asuntos *Kohll* contra Union des Caisses de Maladie y *Decker* contra Caisse de Maladie des Employés Privés. El Tribunal de Justicia decreta que los ciudadanos comunitarios podrán recibir tratamiento médico en otro Estado miembro y ser reembolsados de acuerdo con las tarifas del Estado en el que estén asegurados.
- 1.6.1998: se crea el Banco Central Europeo.

- 30.6.1998: Sentencia del asunto *Mary Brown*. El Tribunal de Justicia declara que el despido de una mujer durante el embarazo es contrario al derecho comunitario.
- 31.12.1998: el Consejo adopta los tipos de conversión fijos e irrevocables entre las monedas nacionales de los once Estados miembros participantes y el euro.
- 1.1.1999: implantación oficial del euro. Alemania, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos y Portugal adoptan el euro como moneda oficial.
- 15.3.1999: dimisión colegiada de los miembros de la Comisión a raíz del primer informe del Comité Independiente de Expertos sobre las denuncias de fraude, irregularidades y nepotismo en la Comisión Europea.
- 1.5.1999: entra en vigor el Tratado de Ámsterdam.
- 11.1.2000: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declara que la legislación alemana por la que se excluye a las mujeres de las fuerzas armadas, a excepción de los servicios sanitarios y de las bandas militares de música, es contraria al derecho comunitario sobre igualdad de sexos.
- 28.9.2000: Dinamarca celebra un referéndum sobre el euro. La mayoría rechaza integrarse en la moneda única europea.
- 7.12.2000: al margen del Consejo Europeo de Niza, los presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y la Comisión proclaman solemnemente la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.
- 2.1.2001: Grecia se convierte en el miembro número 12 de la zona euro.
- 26.2.2001: tras el Consejo Europeo de diciembre de 2000, celebrado en Niza, Francia, se firma un nuevo Tratado (Tratado de Niza), que modifica el Tratado sobre la Unión Europea y los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.
- 7.6.2001: en el referéndum celebrado en Irlanda, el electorado vota en contra del Tratado de Niza.
- 1.1.2002: los billetes y monedas euro entran en circulación en los doce países miembros de la zona euro: Austria, Bélgica, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia,

Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y España.

- 28.2.2002: el euro se convierte en la única moneda oficial de los doce Estados Miembros participantes, una vez que el período de doble circulación ha finalizado. La sesión inaugural de la Convención para el Futuro de Europa se celebra en Bruselas.
- 23.7.2002: el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) expira tras cincuenta años en vigor.
- 19.10.2002: el pueblo irlandés vota a favor del Tratado de Niza en un segundo referéndum.
- 1.2.2003: entra en vigor el Tratado de Niza.
- 14.9.2003: se celebra en Suecia un referéndum en el que la mayoría rechaza la adopción de la moneda única europea.
- 4.10.2003: se celebra en Roma la Conferencia Intergubernamental (CIG) que tiene como objetivo principal la redacción y adopción de la versión final de la primera Constitución de la UE.
- 1.5.2004: el Tratado de Adhesión entra en vigor y se hace realidad la mayor ampliación que haya experimentado nunca la Unión Europea, tanto en dimensiones como en diversidad, con diez nuevos países: Chipre, la República Checa, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, la República Eslovaca y Eslovenia.
- 20.2.2005: España es el primer Estado miembro que celebra un referéndum sobre la Constitución europea.
- 29.5.2005: los electores franceses votan “no” a la ratificación del Tratado constitucional.
- 16.2.2006: el Parlamento Europeo adopta en primera lectura, por una gran mayoría, el informe sobre ién conocida como “Directiva Bolkestein”, es uno de los proyectos legislativos más importantes de la Unión Europea.
- 1.1.2007: la adhesión de Rumanía y Bulgaria completa la quinta ampliación de la UE, iniciada en mayo de 2004. La Unión pasa a tener 27 Estados miembros y 492,8

millones de habitantes. Con la incorporación del búlgaro, el irlandés y el rumano, la UE pasa a tener 23 lenguas oficiales. Eslovenia adopta el euro.

- 23.7.2007: los representantes de los Estados miembros se reúnen en Bruselas para la apertura oficial de la Conferencia Intergubernamental (CIG) sobre el proyecto del Tratado de reforma para la modificación de los Tratados de la Unión Europea.
- 18-19.10.2007: cumbre fundamental en Lisboa sobre el Tratado de reforma. Se acuerda la redacción exacta del nuevo "Tratado de Lisboa", que los líderes europeos firmarán oficialmente en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007.
- 12.12.2007: Hans-Gert Pöttering (presidente del Parlamento Europeo), José Manuel Barroso (presidente de la Comisión) y José Sócrates (primer ministro portugués y Presidente de turno del Consejo de la UE) firman la Carta de los derechos fundamentales, en una ceremonia oficial celebrada en la sede del Parlamento Europeo en Estrasburgo.
- 13.12.2007: firma del Tratado de Lisboa en el Monasterio de los Jerónimos de la capital portuguesa.
- 1.1.2008: con la adopción del euro en Chipre y Malta, la eurozona se amplía a 15 países y una población de 320 millones de habitantes.
- 12.6.2008: en el referéndum irlandés, el 53,4% de los votantes manifiestan su oposición al Tratado de Lisboa, cuyo objetivo es mejorar las instituciones y los métodos de trabajo de la UE.
- 1.1.2009: el euro, nueva moneda oficial de Eslovaquia.
- 3.10.2009: Irlanda vota "sí" al Tratado de Lisboa en el segundo referéndum.
- 1.12.2009: entra en vigor el Tratado de Lisboa.
- 1.1.2010: España asume la presidencia rotatoria del Consejo de la Unión Europea por cuarta vez. Es el primer país en ejercerla bajo el Tratado de Lisboa y el nuevo sistema de "trío de presidencias", junto a Bélgica y Hungría.
- 26.3.2010: en el Consejo Europeo celebrado en Bruselas, los líderes de la UE



aprueban los objetivos del programa *Europa 2020*. Además, los 16 países miembros de la eurozona dan su respaldo a un plan para ayudar a Grecia a superar su déficit.

- 21.6.2010: las instituciones de la UE llegan a un acuerdo político sobre la estructura y el funcionamiento del Servicio Europeo de Acción Exterior.
- 1.1.2011: Estonia adopta el euro y pasa a ser el decimoséptimo país de la eurozona. Entran en funciones tres nuevas autoridades de supervisión financiera: la Autoridad Bancaria Europea, la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación y la Autoridad Europea de Valores y Mercados.
- 25.3.2011: en el Consejo Europeo de Primavera, celebrado en Bruselas, se elabora un paquete completo de medidas para fortalecer la economía europea. Para consolidar la coordinación de la política económica en la Unión Económica y Monetaria se crea el *Pacto por el Euro Plus*.
- 24.6.2011: el Consejo Europeo acuerda que las negociaciones de adhesión con Croacia deberían concluirse a finales de junio de 2011, con el fin de que este país pueda convertirse en el vigesimoctavo miembro de la UE en 2013.
- 30.6.2011: la Comisión Europea propone un nuevo marco financiero plurianual de la UE (2014-2020) para estimular el crecimiento. La Comisión insta a crear la categoría de "regiones intermedias o en transición" (PIB del 75-90% de la media de la UE), que conservarían 2/3 de sus anteriores asignaciones en el marco financiero plurianual 2007-2013.
- 9.12.2011: Croacia firma Tratado de Adhesión a la UE.
- 22.01.2011: celebración del referéndum de adhesión a la UE: dos tercios a favor.
- 02.03.2012: todos los países de la UE, excepto el Reino Unido y la República Checa, firman el Tratado Para la estabilidad, la coordinación y la gobernanza en la Unión Económica y Monetaria, con lo que sellan su compromiso con la disciplina presupuestaria.
- 1.07.2013: Croacia es nuevo miembro de la UE.

## **2.4. LOS TRATADOS ORIGINARIOS Y DE MODIFICACIÓN.**

Los tratados, que constituyen la columna vertebral de la Unión Europea desde sus orígenes, son los siguientes:

- \* El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado el 18 de abril de 1951 en París, entró en vigor el 23 de julio de 1952 y expiró el 23 de julio de 2002.

- \* El Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE), se firmó en esa ciudad el 25 de marzo de 1957 y entró en vigor el 1 de enero de 1958. Su firma coincidió con la del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), por lo que ambos son conocidos conjuntamente como los "Tratados de Roma".

- \* El Tratado de fusión, firmado en Bruselas el 8 de abril de 1965, entró en vigor el 1 de julio de 1967. Estableció una sola Comisión y un solo Consejo para las tres Comunidades Europeas entonces existentes.

- \* El Acta Única Europea, firmada en Luxemburgo y La Haya, entró en vigor el 1 de julio de 1987. Introdujo las adaptaciones necesarias para completar el mercado interior.

- \* El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. El Tratado de Maastricht cambió el nombre de "Comunidad Económica Europea" por el más simple de "Comunidad Europea". También introdujo nuevas formas de cooperación entre los gobiernos de los Estados miembros (por ejemplo, en defensa y justicia e interior). Al añadir esta cooperación intergubernamental al sistema "comunitario" existente, el Tratado de Maastricht creó una nueva estructura con tres "pilares", de naturaleza tanto económica como política: es la denominada "Unión Europea" (UE).

- \* El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999. Modificó el texto y la numeración de los Tratados UE y CE, estableciendo la versión consolidada de ambos. Los artículos del Tratado de la Unión Europea pasaron a designarse mediante números en lugar de letras (A a S).

- \* El Tratado de Niza, firmado el 26 de febrero de 2001, entró en vigor el 1 de febrero de 2003. Sobre todo, reformó las instituciones para que la Unión pudiera funcionar

eficazmente tras su ampliación a 25 Estados miembros en 2004, y a 27 Estados miembros en 2007. El Tratado de Niza, el antiguo Tratado de la UE y el Tratado CE han sido fusionados en una versión consolidada.

\* El Tratado de Lisboa se firmó el 13 de diciembre de 2007. Entró en vigor el 1.12.2009. Sus principales objetivos son aumentar la democracia en la UE –como respuesta a las elevadas expectativas de los ciudadanos europeos en materia de responsabilidad, apertura, transparencia y participación–, incrementar la eficacia de la actuación de la UE y su capacidad para enfrentarse a los actuales desafíos globales, como el cambio climático, la seguridad y el desarrollo sostenible.

El acuerdo sobre el Tratado de Lisboa siguió a las discusiones mantenidas para la elaboración de una Constitución. El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa fue adoptado por los Jefes de Estado y Gobierno en el Consejo Europeo de Bruselas de 17 y 18 de junio de 2004, y firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, pero nunca llegó a ratificarse por todos los Estados de la Unión.

**AUTOR: JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ**

LIC. EN CC. POLÍTICAS Y DE LA ADMINISTRACIÓN  
(ESPECIALIDAD *RELACIONES INTERNACIONALES*)

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DERECHO

**REVISADO POR MANUEL FUERTES CARBALLEIRA.**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- FONTAINE, PASCAL: Doce lecciones sobre Europa. Comisión Europea. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007. ISBN 92-79-02865-

0

## **TEMA 3**

**FUENTES DEL DERECHO EUROPEO: ACTOS JURÍDICOS DE LA UNIÓN, PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN Y OTRAS DISPOSICIONES SEGÚN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN ESPAÑA.**

### **TEMA 3. FUENTES DEL DERECHO EUROPEO: ACTOS JURÍDICOS DE LA UNIÓN, PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN Y OTRAS DISPOSICIONES SEGÚN EL TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN ESPAÑA.**

#### **3.1. Fuentes del derecho europeo: actos jurídicos de la Unión, procedimientos de adopción y otras disposiciones según el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.**

Con independencia de si hay que hablar de fuentes materiales o formales del derecho de la Unión Europea, resulta imprescindible tratar el concepto y alcance de este derecho, en especial por razón de su naturaleza.

Conviene matizar de entrada que el derecho comunitario o de la Unión es un *tertium genus* entre el derecho propio de un Estado y el derecho internacional. Y lo es en gran medida porque la Unión Europea es una entidad supranacional que se constituye y funciona como una comunidad de derecho, fundamentalmente gracias a los avances impulsados por la doctrina de su Tribunal de Justicia, comenzando por el principio de primacía del derecho comunitario. Este principio establece que las autoridades de un Estado miembro no deberán aplicar una norma nacional contraria al derecho comunitario. Instaurado por el Tribunal de Justicia en los años sesenta, dicho principio exige de las autoridades que den preferencia al derecho comunitario sobre el derecho nacional, sea cual fuere la naturaleza de la norma comunitaria en cuestión y sea cual fuere la del derecho nacional contemplado.

El principio de primacía es un principio no inscrito en los tratados CE y UE. Lo instauró el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 15 de julio de 1964, *Flaminio Costa contra ENEL*. En esta sentencia, el Tribunal indicó que «a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE instituyó un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros desde la entrada en vigor del tratado y que vincula a sus órganos jurisdiccionales». Invocando los términos y el espíritu del tratado, el Tribunal de Justicia considera que el efecto de primacía limita el margen de maniobra de los Estados, impidiéndoles hacer prevalecer un derecho opuesto al de las instituciones europeas.

Los Estados miembros tampoco pueden alegar el principio de reciprocidad, en virtud del cual uno de ellos puede eximirse de sus obligaciones comunitarias hasta que todos los demás se hayan sometido a dichas obligaciones. Es decir, un Estado miembro debe acatar siempre y sin condición el derecho comunitario si éste es jurídicamente vinculante.

El Tribunal de Justicia precisó que el principio de primacía beneficia a todas las normas de derecho europeo, tanto si proceden del derecho primario como del derecho derivado. Además, es aplicable contra cualquier norma nacional: ley, reglamento, decreto, resolución, circular, etc. Es irrelevante que estos textos procedan del poder ejecutivo o del poder legislativo del Estado miembro. El poder judicial está igualmente sujeto al principio de primacía.

Por lo que a las constituciones nacionales se refiere, el Tribunal de Justicia consideró que también éstas están sujetas al principio de primacía. Desde la Resolución *San Michele*, de 22 de junio de 1965, el Tribunal de Justicia ha estimado que corresponde al juez nacional no aplicar las disposiciones de una constitución que cuestione el derecho comunitario. La aplicación del principio de primacía con relación a la Constitución nacional provocó las reticencias de algunos órganos jurisdiccionales nacionales, en particular si la propia Constitución garantizaba la protección de los derechos fundamentales. A pesar de estas reticencias, en una Sentencia de 17 de diciembre de 1970, el Tribunal de Justicia consideró que invocar atentados contra estos derechos no podía afectar a la validez de un acto comunitario. A fin de evitar que los órganos jurisdiccionales nacionales se encontrasen en una situación incómoda en relación con su Constitución nacional y, por tanto, denegasen la protección de los derechos en cuestión, el Tribunal de Justicia, además de la obligación de respetar la primacía, instauró un conjunto de principios generales del derecho que engloban los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario.

Corresponde también al juez nacional hacer respetar el principio de primacía. Éste puede, si es preciso, hacer uso del recurso o cuestión prejudicial en caso de duda en cuanto a la aplicación de dicho principio. En una Sentencia de 19 de junio de 1990 (*Factortame*), el Tribunal de Justicia indicó que una jurisdicción nacional, en el marco de una cuestión prejudicial sobre la validez de una norma nacional, deberá suspender inmediatamente la

aplicación de esta norma, a la espera de la solución preconizada por el Tribunal de Justicia. El efecto es la no aplicación del derecho nacional. Por consiguiente, éste último ni se cancela ni se deroga, sino que se suspende su carácter jurídicamente vinculante. Las autoridades nacionales deben abstenerse de aplicar el texto en cuestión, so pena de que el Tribunal de Justicia condene al Estado miembro por incumplimiento.

Junto a este gran principio ordinamental, el Tribunal de Justicia identificó el principio de efecto directo del derecho comunitario. El efecto directo constituye, con el principio de primacía, un principio básico del derecho comunitario. Dicho principio, sentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia *Van Gend en Loos*, de 5 de febrero de 1963, crea derechos en favor de los particulares, que pueden alegarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales y comunitarios. En esta sentencia se enuncia que «el derecho comunitario (...) al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico (...) y genera derechos individuales que los órganos jurisdiccionales nacionales deben proteger».

El principio facilita la introducción del derecho comunitario en el derecho nacional y refuerza su eficacia. Protege, además, los derechos de los particulares al permitir que puedan alegar una norma comunitaria, al margen de que existan o no textos de origen interno.

El efecto directo se distingue de la aplicabilidad inmediata. La aplicabilidad inmediata es un principio en virtud del cual el derecho comunitario se aplica en el ámbito nacional sin necesidad de proceder a su introducción o a su transformación en derecho nacional. Por lo tanto, el derecho comunitario se integra por ministerio de la ley en el derecho nacional. No obstante, en virtud del principio de primacía, en caso de conflicto entre la norma comunitaria y la norma interna, la primera prevalece. Se desprende que es «inaplicable de pleno derecho (...) toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria» (Sentencia *Simmenthal*, de 9 de marzo de 1978).

En principio, el efecto directo y la aplicabilidad inmediata van juntos. Así es en el caso de los reglamentos comunitarios. No obstante, algunas normas pueden tener efecto directo sin ser de aplicabilidad inmediata. Es el caso de las directivas que, en determinadas condiciones, surten efectos directos pero no son inmediatamente aplicables, puesto que

requieren un texto de transposición.

El efecto directo reviste dos aspectos: un efecto vertical y un efecto horizontal. El efecto directo vertical intervendría en las relaciones entre los particulares y el Estado, lo que significaría que los particulares podrían prevalerse de una norma comunitaria frente al Estado, *lato sensu*. El efecto directo horizontal, por su parte, intervendría en las relaciones entre particulares, lo que conllevaría que un particular pudiese aducir una norma comunitaria frente a otro particular.

Según las normas del derecho comunitario, el Tribunal de Justicia admite o el efecto directo completo, es decir, un efecto directo horizontal y un efecto directo vertical, o el efecto directo parcial, que se limita al efecto directo vertical.

Por cuanto al derecho primario se refiere, en la Sentencia *Van Gend en Loos*, el Tribunal de Justicia sentó el principio del efecto directo. No obstante, indicó como condición que las obligaciones deben ser precisas, claras, incondicionales y no requerir medidas complementarias, tanto de carácter nacional como comunitario.

Tras las aclaraciones preliminares, podemos agrupar las fuentes del derecho comunitario en tantas variantes como autores. Por ejemplo, JEAN-VICTOR LOUIS diferencia entre Constitución comunitaria, derecho internacional, principios generales del derecho y derecho derivado. Dentro de esta última categoría, distingue entre actos típicos y actos innominados. No obstante, existe cierto consenso en aceptar que las fuentes del derecho comunitario son tres:

1. Fuentes primarias.
2. Fuentes derivadas.
3. Fuentes de derecho subsidiario.

Las **fuentes primarias** o derecho primario constan básicamente de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de la Unión Europea. Ahora, tras la reforma operada por el Tratado de Lisboa, nos referimos al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Estos tratados contienen tanto las normas formales como las materiales que integran el marco en el que las instituciones ponen en práctica las distintas políticas de la Unión. Los tratados determinan las normas



adjetivas que enuncian el reparto de competencias entre la Unión y los Estados, y que constituyen la base del poder de las instituciones. También determinan las normas sustantivas que definen el ámbito de las distintas políticas y estructuran la acción de las instituciones en cada una de ellas.

El derecho primario consta básicamente de:

- Los tratados «fundadores», por los que se constituyen las distintas Comunidades Europeas, así como la Unión;
- Los grandes tratados, por los que se modifican las distintas Comunidades Europeas y la Unión;
- Los protocolos anejos a los mencionados tratados, como, por ejemplo, el Protocolo nº 2 anejo al Tratado de Ámsterdam, que integra el acervo de Schengen;
- Los tratados complementarios, que introducen modificaciones sectoriales en los tratados fundadores;
- Los tratados de adhesión de los países a las distintas Comunidades Europeas y a la Unión.

Las **fuentes derivadas** están constituidas por elementos del derecho comunitario basado en los tratados. Figuran en el derecho derivado, el derecho derivado unilateral y el derecho convencional.

En primer lugar, los actos unilaterales pueden clasificarse en dos categorías:

- \* Los que figuran en la nomenclatura del artículo 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), hoy artículo 288 TFUE: el reglamento, la directiva, la decisión, el dictamen y la recomendación;
- \* Los que no figuran en la anterior nomenclatura; se trata de actos atípicos, como las comunicaciones, las recomendaciones y los libros blancos y verdes.

Los actos convencionales están constituidos, a su vez, por:

- + Los acuerdos internacionales firmados entre la Comunidad o la Unión Europea, por una parte, y un tercero -país u organización- por otra;
- + Los acuerdos entre Estados miembros;

+ Los acuerdos interinstitucionales, es decir, entre las instituciones de la Unión Europea.

Las **fuentes subsidiarias** están formadas por elementos del derecho que no están previstos en los tratados. Se trata, además de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del derecho internacional y de los principios generales del derecho. Estas fuentes han permitido al Tribunal de Justicia colmar las carencias del derecho primario y/o del derecho derivado.

El derecho internacional es una fuente de inspiración para el Tribunal de Justicia en la elaboración de su jurisprudencia y a él hace referencia al remitir al derecho escrito y a los usos y costumbres. Por ejemplo, para validar los acuerdos externos celebrados por la Comunidad Europea, el Tribunal de Justicia se basó en las normas del derecho internacional relativas al *treaty making power* (capacidad internacional de celebrar acuerdos con terceros países y organizaciones), que se derivan de la personalidad jurídica internacional.

Los principios generales del derecho son fuentes no escritas sentadas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Esos principios han permitido al Tribunal de Justicia establecer normas en distintos ámbitos respecto a los cuales los tratados guardan silencio, por ejemplo, en materia de responsabilidad extracontractual de la Comunidad Europea.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación territorial del derecho primario, el Tratado CE enuncia que el derecho comunitario se aplica a los territorios metropolitanos de los Estados miembros y a algunas islas y territorios de ultramar, como Madeira, las Canarias y los departamentos franceses de ultramar. Se aplica también a los territorios cuyas relaciones exteriores corresponden a un Estado (como Gibraltar y las Islas Aland). El artículo 299 del Tratado CE estableció que el Consejo podría determinar un régimen especial para determinados territorios, como ocurre, por ejemplo, con Gibraltar y San Pedro y Miquelón en materia aduanera. Por último, el Tratado CE estipula expresamente que el derecho comunitario no se aplicará a determinados territorios, como las Islas Feroe.

Sobre el ámbito de aplicación temporal, el derecho primario se aplica en el momento de la entrada en vigor del tratado, salvo período transitorio. Habitualmente los tratados de adhesión incluyen dichas cláusulas. En lo que respecta a la duración de la aplicación, los textos dependientes de la esfera del derecho primario tienen, en principio, una duración

ilimitada (por ejemplo, el Tratado CE, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 – 356 TFUE-). A título excepcional, el Tratado CECA tenía una vigencia de 50 años y en la fecha de expiración el Consejo adoptó sendas decisiones, el 19 y el 23 de julio de 2002, para regular las cuestiones derivadas de su extinción.

Las fuentes del derecho de la Comunidad mencionadas hasta ahora tienen la característica común de constituir el derecho comunitario escrito. Pero al igual que cualquier otro ordenamiento jurídico, el comunitario no puede estar constituido exclusivamente por normas escritas, ya que cada ordenamiento presenta lagunas que deben llenarse con el derecho no escrito.

Las fuentes no escritas del derecho comunitario son, fundamentalmente, los principios generales del derecho. Se trata de normas que expresan las concepciones elementales del derecho y la justicia a las que obedece todo ordenamiento jurídico.

Los principios generales del derecho se materializan a través de la aplicación de las normas, en particular mediante la jurisprudencia del TJCE en el marco de la misión que se le ha encomendado, consistente en *«garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del Tratado»*. Los puntos de referencia para determinar los principios fundamentales son sobre todo los principios comunes a los ordenamientos de los Estados miembros. Éstos proporcionan la base a partir de la cual se desarrollan las normas necesarias para resolver un problema a escala comunitaria.

Entre estos principios generales del derecho se encuentran, aparte de los principios básicos de independencia, aplicabilidad directa y primacía del derecho comunitario, la garantía de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad, el principio de protección de la confidencialidad, el principio de audiencia judicial o el principio de responsabilidad de los Estados miembros por las violaciones del derecho comunitario.

El derecho consuetudinario también forma parte del derecho comunitario no escrito. Se trata del derecho decantado de la práctica y de la convicción jurídica, que completa o modifica al derecho primario o derivado. Su posible existencia está reconocida, pero su desarrollo efectivo choca en el plano de la legislación comunitaria con límites estrictos.

La última fuente del derecho de la CE la constituyen los convenios entre los Estados miembros. Se trata, por una parte, de convenios concluidos para regular cuestiones que

están estrechamente relacionadas con las actividades de la CE, pero para las cuales no se ha dotado de competencia a las instituciones comunitarias. Por otra, existen auténticos convenios internacionales entre los Estados miembros con los cuales se pretende, en particular, superar la limitación territorial de las normativas nacionales y crear un derecho uniforme a escala de la Comunidad. Ello reviste especial importancia en el ámbito del derecho internacional privado. A título de ejemplo cabe mencionar: el Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (1968), el Convenio sobre el reconocimiento mutuo de las sociedades y personas jurídicas (1968), el Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (1990), el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980) y el Convenio sobre la patente europea (1989).

Ahora, procede recordar que con el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>1</sup>, en cuanto a los **actos típicos** de derecho derivado europeo, se dispone:

<< Artículo 288 (antiguo artículo 249 TCE)

Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes.

El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos.

Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes.>>

En otro orden de cosas, cabe subrayar que por su ausencia de regulación primaria, merecen un análisis singular los denominados "actos atípicos comunitarios".

Desde una vertiente negativa, se entenderá por **actos atípicos** todas aquellas disposiciones y resoluciones jurídicamente relevantes que emanen de las instituciones

---

<sup>1</sup> Versión consolidada post Tratado de Lisboa, DOUE C 83, de 30.3.2010.

comunitarias y que no se hallen incardinadas en las tipologías previstas en el artículo 249 TCE -288 TFUE- (*ex art.* 189; *ídem* art. 161 TCEEA). Por consiguiente, la *atipicidad* es corolario de la falta de previsión formal de ciertas manifestaciones externas de normas y actos con variable trascendencia jurídica, que tienen su plasmación en derecho derivado, pero que adolecen de anticipación nominal en el derecho originario, constitucional o primario.

La categorización de los *actos atípicos* puede ser muy diversa, aunque la doctrina no efectúa grandes esfuerzos de sistemática, ya que la panoplia de aquéllos es riquísima y exige un exhaustivo conocimiento práctico y casuístico del trabajo rutinario de las instituciones comunitarias y de sus diferentes órganos. Algunos autores diferencian entre:

- Actos internos.
- Actos *sui generis*.

Los actos atípicos internos podrían a su vez subdividirse en:

- Actos de autoorganización.
- Actos preparatorios de actos típicos.

Entre los actos atípicos de autoorganización se encontrarían los que fijan estructuras orgánicas y normas de funcionamiento de los diversos órganos y dependencias de una institución o de relación de éstas entre sí (p.e. los reglamentos de régimen interno de los comités de la Comisión o de los grupos de trabajo del Consejo).

Por su parte, entre los actos preparatorios de actos típicos estarían los denominados *programas generales*, emanados de mandatos de los tratados, o las propuestas dirigidas por la Comisión al Consejo con vistas a la celebración de tratados internacionales (p.e. en lo que atañe a la Organización Mundial del Comercio -OMC- y los pertinentes mandatos de negociación dirigidos por el Consejo a la Comisión).

Los actos internos no surtirían en este esquema efectos jurídicos inmediatos fuera de las relaciones interinstitucionales, interorgánicas o de la propia institución u órgano. Sin embargo, su vulneración fundamentaría la nulidad por vicio adjetivo o procedimental de los actos típicos sustantivos (así la Sentencia del Tribunal de Justicia de 23.2.1988, Reino Unido *vs.* Consejo, asunto 68/1986, Rec. 1988, pp. 855 y ss., donde el Tribunal de Justicia

anula una directiva del Consejo por haber transgredido éste su reglamento interno de funcionamiento, ya que su artículo 6.1 establecía la necesidad de concurrencia de unanimidad para poder recurrir en la toma de decisiones al procedimiento escrito de aprobación, oponiéndose el Reino Unido al fondo y a la forma, *ex principio patere legem*, o de autovinculación: *legem patere quam ipse fecisti*, “soporta la ley que tú mismo hiciste” o *patere quam ipse fecisti legem*).

Un aspecto jurídico relevante de los actos comunitarios atípicos es que los particulares también pueden fundamentar sus demandas en defectos rituales, surgidos de la violación de actos atípicos internos (p.e. la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27.2.1992, asunto T-79/1989 y otros –*BASF*-, Rec. 1992, pp. II – 315 y ss., donde el Tribunal declaró *inexistentes* los actos típicos que adolecían de vicios procedimentales gravísimos y burdos, aunque la Sentencia de 15.6.1994, asunto C-137/1992, se inclina por la declaración de *nulidad* de la Decisión de la Comisión por vicio sustancial de forma).

Los actos atípicos *sui generis* serían aquellos no reguladores de asuntos o procedimientos internos de la respectiva institución u órgano que los produjera. Unos serían los denominados impropia e inadecuadamente como *decisiones*, esto es, *acuerdos* de diversa índole, que obedecen a habilitaciones expresas del derecho primario pero que están por encima de los actos típicos, a los que condicionan en su órbita de aplicación (p.e. cuando el Consejo, utilizando la habilitación conferida por el antiguo artículo 126 TCE definió las nuevas tareas encomendadas al Fondo Social Europeo, abrogando singularmente las previstas en el antiguo artículo 125 TCE -149 y 148 TCE, hoy 165 y 164 TFUE, respectivamente-, extendiendo de ese modo la aplicación del FSE a los departamentos de ultramar, por *Decisión* (acuerdo) de 1.2.1971, que fundamentó los subsiguientes reglamentos de aplicación del FSE).

Otro ejemplo sería la *Decisión* (acuerdo) por la que el Consejo fijó la lista de productos considerados *material de guerra* y que, por tanto, quedan al margen de las normas del mercado interior ex artículo 223 TCE (ulterior art. 296 TCE -346 TFUE-), o también los acuerdos de aprobación de instrumentos internacionales por el Consejo. Pero en el plano más cotidiano y práctico, los actos atípicos *sui generis* con mayor relevancia en la vida de los operadores económicos serían las “*directrices*” y “*comunicaciones*” de la Comisión.

Antes de nada cabe subrayar que, siendo la Comunidad Europea una comunidad de derecho, todos los actos -también los atípicos- estarán sometidos irremisiblemente al oportuno escrutinio y la potencial revisión jurisdiccional, siendo por consiguiente absolutamente irrelevante su calificación nominal a tales efectos de control. Los recursos ante la jurisdicción comunitaria serán admisibles siempre que versen sobre actos adoptados por las instituciones u órganos de las mismas en el marco de sus competencias, que hayan superado la fase de estudio preparatorio y mediante los cuales se asuman o impongan obligaciones. En ese sentido podrían aportarse las siguientes sentencias del Tribunal de Justicia: 31.3.1971: Asunto 22/1970, Comisión vs. Consejo. Rec. 1971, p. 277; 5.6.1973: Asunto 81/1972, Comisión vs. Consejo. Rec. 1973, p. 584; 11.11.1981: Asunto 60/1981, IBM vs. Comisión. Rec. 1981, p. 2.651; 9.10.1990: Asunto C-366/1988, República Francesa vs. Comisión. Rec. 1990, p. I-3.571; 13.11.1991: Asunto C-303/1990, República Francesa vs. Comisión. Rec. 1991, p. I-5.315.

Por lo que atañe a los **procedimientos de adopción de los actos jurídicos de la Unión** y, singularmente, de sus actos normativos típicos, debemos estar a lo dispuesto en la parte sexta del TFUE, capítulo 2 de su título I, artículos 288 (antiguo 249 TCE) a 299 (antiguo 256 TCE).

Fundamentalmente, el artículo 289 TFUE nos dice:

- «1. El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión. Este procedimiento se define en el artículo 294.
2. En los casos específicos previstos por los tratados, la adopción de un reglamento, una directiva o una decisión, bien por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, bien por el Consejo con la participación del Parlamento Europeo, constituirá un procedimiento legislativo especial.
3. Los actos jurídicos que se adopten mediante procedimiento legislativo constituirán actos legislativos.
4. En los casos específicos previstos por los tratados, los actos legislativos podrán ser adoptados por iniciativa de un grupo de Estados miembros o del Parlamento Europeo, por recomendación del Banco Central Europeo o a petición del Tribunal de Justicia o del Banco

Europeo de Inversiones».

Y ya centrándonos en el procedimiento más común u ordinario, el artículo 294 TFUE dispone:

<< 1. Cuando en los tratados, para la adopción de un acto, se haga referencia al procedimiento legislativo ordinario, se aplicará el procedimiento siguiente.

2. La Comisión presentará una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo.

#### *Primera lectura*

3. El Parlamento Europeo aprobará su posición en primera lectura y la transmitirá al Consejo.

4. Si el Consejo aprueba la posición del Parlamento Europeo, se adoptará el acto de que se trate en la formulación correspondiente a la posición del Parlamento Europeo.

5. Si el Consejo no aprueba la posición del Parlamento Europeo, adoptará su posición en primera lectura y la transmitirá al Parlamento Europeo.

6. El Consejo informará cumplidamente al Parlamento Europeo de las razones que le hayan llevado a adoptar su posición en primera lectura. La Comisión informará cumplidamente de su posición al Parlamento Europeo.

#### *Segunda lectura*

7. Si, en un plazo de tres meses a partir de dicha transmisión, el Parlamento Europeo:

a) Aprueba la posición del Consejo en primera lectura o no toma decisión alguna, el acto de que se trate se considerará adoptado en la formulación correspondiente a la posición del Consejo;

b) Rechaza, por mayoría de los miembros que lo componen, la posición del Consejo en primera lectura, el acto propuesto se considerará no adoptado;

c) Propone, por mayoría de los miembros que lo componen, enmiendas a la posición del Consejo en primera lectura, el texto así modificado se transmitirá al Consejo y a la Comisión, que dictaminará sobre dichas enmiendas.

8. Si, en un plazo de tres meses a partir de la recepción de las enmiendas del Parlamento



Europeo, el Consejo, por mayoría cualificada:

- a) Aprueba todas estas enmiendas, el acto de que se trate se considerará adoptado;
- b) No aprueba todas las enmiendas, el presidente del Consejo, de acuerdo con el presidente del Parlamento Europeo, convocará al Comité de Conciliación en un plazo de seis semanas.

9. El Consejo se pronunciará por unanimidad sobre las enmiendas que hayan sido objeto de un dictamen negativo de la Comisión.

#### *Conciliación*

10. El Comité de Conciliación, que estará compuesto por los miembros del Consejo o sus representantes y por un número igual de miembros que representen al Parlamento Europeo, tendrá por misión alcanzar, en el plazo de seis semanas a partir de su convocatoria, un acuerdo por mayoría cualificada de los miembros del Consejo o sus representantes y por mayoría de los miembros que representen al Parlamento Europeo, sobre un texto conjunto basado en las posiciones del Parlamento Europeo y del Consejo en segunda lectura.

11. La Comisión participará en los trabajos del Comité de Conciliación y tomará todas las iniciativas necesarias para propiciar un acercamiento entre las posiciones del Parlamento Europeo y del Consejo.

12. Si, en un plazo de seis semanas a partir de su convocatoria, el Comité de Conciliación no aprueba un texto conjunto, el acto propuesto se considerará no adoptado.

#### *Tercera lectura*

13. Si, en este plazo, el Comité de Conciliación aprueba un texto conjunto, el Parlamento Europeo y el Consejo dispondrán cada uno de seis semanas a partir de dicha aprobación para adoptar el acto de que se trate conforme a dicho texto, pronunciándose el Parlamento Europeo por mayoría de los votos emitidos y el Consejo por mayoría cualificada. En su defecto, el acto propuesto se considerará no adoptado.

14. Los períodos de tres meses y de seis semanas contemplados en el presente artículo podrán ampliarse, como máximo, en un mes y dos semanas respectivamente, por

iniciativa del Parlamento Europeo o del Consejo.

### *Disposiciones particulares*

15. Cuando, en los casos previstos por los tratados, un acto legislativo se someta al procedimiento legislativo ordinario por iniciativa de un grupo de Estados miembros, por recomendación del Banco Central Europeo o a instancia del Tribunal de Justicia, no se aplicarán el apartado 2, la segunda frase del apartado 6 ni el apartado 9.

En estos casos, el Parlamento Europeo y el Consejo transmitirán a la Comisión el proyecto de acto, así como sus posiciones en primera y segunda lecturas. El Parlamento Europeo o el Consejo podrá pedir el dictamen de la Comisión a lo largo de todo el procedimiento y la Comisión podrá dictaminar asimismo por propia iniciativa. La Comisión también podrá, si lo considera necesario, participar en el Comité de Conciliación de conformidad con el apartado 11.>>

### **3.2. La integración del derecho europeo en España.**

En el BOE de 1 de enero de 1986 se publica el Instrumento de ratificación del Tratado hecho en Lisboa y Madrid el 12 de junio de 1985, relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa a la Comunidad Económica Europea y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica. En el acta relativa a las condiciones de adhesión y a las adaptaciones de los tratados, detalla su artículo 2:

“Desde el momento de la adhesión, las disposiciones de los tratados originarios y los actos adoptados por las instituciones de las Comunidades antes de la adhesión obligarán a los nuevos Estados miembros y serán aplicables en dichos Estados en las condiciones previstas en estos tratados y en la presente acta.”

En un Estado de estructura compleja como el español, la importación de toda esa normativa y la determinación de qué Administración es responsable de transponer, desarrollar o ejecutar los actos normativos comunitarios, exige una determinación clara de las reglas a seguir, pues en todo caso el Estado en su conjunto asume una obligación jurídico-comunitaria ante las Comunidades –hoy ante la Unión-, sus instituciones y los restantes Estados miembros.

En la Sentencia 252/1988, de 20 de diciembre, el Tribunal Constitucional comienza ya a

dilucidar este extremo con ocasión de diversos conflictos positivos de competencias acumulados. En su fundamento jurídico segundo argumenta:

«Las directivas de la CEE que se invocan en las exposiciones de motivos de los reales decretos en conflicto no dan solución a esta cuestión competencial. Tales reglas comunitarias se limitan, en lo que aquí importa, a disponer que «la autoridad central competente del Estado miembro» ha de velar para que la autorización que deben poseer los mataderos y salas de despiece se otorgue únicamente a aquellos establecimientos y dependencias que observen las prescripciones establecidas en las propias directivas, cuidando esa misma «autoridad central» de que un «veterinario oficial» controle permanentemente el cumplimiento de dichas prescripciones, retirándose la autorización cuando dejen éstas de respetarse (art 4.1 de la Directiva 64/433 y, en términos análogos, art. 5 de la Directiva 71/118). Sin perjuicio de lo que después se ha de decir sobre el nombramiento o designación del «veterinario oficial» al que se refieren las directivas, lo que ahora cabe decir es que estas reglas se limitan a precisar que son las «autoridades centrales de cada uno de los Estados miembros de la CEE (como de modo expreso indica, respecto de los almacenes frigoríficos, el art. 4.4 de la Directiva 64/433) las responsables de que las autorizaciones se concedan y mantengan sólo en tanto se respeten las prescripciones comunitarias, sin prejuzgar, por consiguiente, cuál deba ser la Administración competente -si la estatal o la autonómica- para la concesión de dichas autorizaciones y para velar por el mantenimiento de las condiciones previstas. Lo único que las directivas imponen en este punto es, en suma, que la Administración central sea el interlocutor único de la CEE en lo que toca al efectivo cumplimiento de las determinaciones comunitarias, pero ésta es una exigencia que, como bien se comprende, podría ser satisfecha a través de fórmulas y expedientes diversos y no sólo frente a lo que da a entender el abogado del Estado, mediante el ejercicio directo y exclusivo por la Administración del Estado de las intervenciones dichas.

Son, en consecuencia, las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencia planteados entre el Estado y las comunidades autónomas, las cuales, por esta misma razón, tampoco podrán considerar ampliado su propio ámbito competencial en virtud de una conexión internacional. (...)

Dicho esto y reduciendo nuestras consideraciones a las competencias de ejecución, que son las únicas objeto de disputa en los presentes conflictos, tampoco cabe ignorar que, tanto la necesidad de proporcionar al Gobierno los instrumentos indispensables para desempeñar la función que le atribuye el art. 93 de la CE (adoptar las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales en cuyo favor se han cedido competencias, es decir, del llamado derecho derivado) como, de otra parte, el hecho de que sea la Administración central del Estado (en razón, por ejemplo, de las cláusulas contenidas en los párrafos 10 y 16 del apartado primero del art. 149 CE) la competente para realizar actuaciones que, cuando no está presente esa conexión con el exterior, corresponden a la Administración autonómica, obligan a articular el ejercicio de las competencias propias del Estado y de la comunidad autónoma de modo tal que uno y otra, sin invadir el ámbito competencial ajeno, no obstaculicen el desempeño de las funciones que la Constitución y los estatutos le atribuyen ni echen cargas innecesarias sobre los administrados. Como repetidamente hemos señalado, la interpretación de los preceptos constitucionales ha de hacerse de modo sistemático, esto es, teniendo siempre en cuenta el contenido íntegro de la norma fundamental, y la de los preceptos estatutarios ha de hacerse siempre, como la del resto del ordenamiento jurídico, de conformidad con la Constitución (STC 18/1982, fundamento jurídico 1º). Tanto de la interpretación sistemática de la Constitución como de la supremacía de ésta sobre los estatutos se deriva la necesidad de colaboración entre la Administración central y las administraciones autonómicas, colaboración que puede exigir en muchos casos, en relación, sobre todo, con nuestra incorporación a la CEE, las formas de articulación (por ejemplo, la realización por la Administración autonómica de tareas de competencia estatal, con sumisión en consecuencia y sólo en cuanto a ellas, a instrucciones y supervisión de la Administración central) que sólo una interpretación inadecuada de los preceptos constitucionales y estatutarios puede obstaculizar».

Y añade en su fundamento jurídico cuarto:

«4. Tanto el Real decreto 1754 como el 1755 de 1986 disponen, en el párrafo tercero de la norma I del capítulo primero de su anexo I, que «se entiende por veterinario oficial el nombrado conjuntamente por la Dirección General de la Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo y por la Dirección General de la Producción Agraria del Ministerio de

Agricultura, Pesca y Alimentación». A su vez, el Real decreto 1728/1987 define al veterinario oficial como «el veterinario dependiente de la Administración pública designado conjuntamente por las direcciones generales de Producción Agraria y de Salud Alimentaria y Protección de los Consumidores de los ministerios de Agricultura, Pesca y Alimentación y de Sanidad y Consumo, previa propuesta de las comunidades autónomas» [norma I g) del capítulo primero del anexo I].

Los reales decretos citados han sido dictados, como se indica en sus respectivas exposiciones de motivos, para armonizar nuestra legislación veterinaria y de policía sanitaria con el derecho comunitario y, en particular, con determinadas directivas (las 64/433, 71/118, 72/461 y 72/462), según las cuales por «veterinario oficial» habrá de entenderse «el veterinario nombrado por la autoridad central competente del Estado miembro». Esta alusión al nombramiento del veterinario oficial no puede entenderse en ningún caso, según queda dicho, como expresión de una atribución de competencia realizada por la CEE en favor de tal o cual sector del aparato de los Estados que la integran, sino como precisión de que son los órganos generales o centrales de dichos Estados, en tanto que responsables últimos de la ejecución de la normativa eurocomunitaria, los obligados a comunicar a la CEE, y a asumir ante la misma, el nombramiento o la designación de un veterinario oficial. Ese nombramiento habrá de efectuarse según el oportuno procedimiento interno acerca del cual nada dispone, obviamente, la normativa comunitaria. Por consiguiente, son también aquí las reglas internas las que han de determinar qué instancia del Estado miembro se halla constitucionalmente habilitada para nombrar el veterinario oficial cuya intervención se precisa por las directivas aludidas. De ahí que a lo que hayamos de atender para zanjar este aspecto del presente conflicto es, estrictamente, y como advertíamos en el fundamento 2º, el conjunto de normas a que se refiere el art. 63.1 de la LOTC.

Por las mismas razones que expusimos en el fundamento anterior, y sobre las que no resulta necesario volver, los títulos competenciales que sirven de fundamento a la libre y directa designación por las instituciones centrales del Estado del veterinario oficial son los de comercio exterior y sanidad exterior (art. 149.1.10 y 16 de la CE). Desde tal perspectiva, las disposiciones impugnadas se acomodan al sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas.

Podemos observar, no obstante, que, mientras los reales decretos 1754 y 1755 de 1987 atribuyen *in toto* la designación a los ministerios de Sanidad y Agricultura, el Real decreto 1728/1987, en cambio, prevé que esa designación tenga lugar «previa propuesta de las comunidades autónomas», determinando así no sólo qué órgano de la Administración central es el competente para la designación, sino también un modo de ejercicio necesario de tal competencia, que implica la colaboración de la comunidad autónoma afectada *ration loci*.

Según queda también dicho con anterioridad, es este modo de articulación de las competencias respectivas del Estado y de las comunidades autónomas el que se adecua al principio de colaboración al que tan repetidamente nos hemos referido. En cuanto que esa colaboración autonómica en la designación del «veterinario oficial» no está impedida por las correspondientes normas de los reales decretos 1754 y 1755 de 1986, es claro que tales normas no pueden ser consideradas violadoras de las competencias autonómicas, pues se limitan a afirmar la existencia de una competencia estatal. La salvaguarda de las competencias propias de la Generalidad en materia de sanidad interior obliga, sin embargo, a considerar que esos preceptos incompletos han de ser integrados con las precisiones que el Real decreto 1728/1987 introduce respecto del modo de ejercicio de la competencia estatal y que, en consecuencia, para respetar las competencias de la Generalidad, también las designaciones de «veterinario oficial» a que se refieren los reales decretos 1754 y 1755 de 1986 habrán de hacerse a propuesta de la Comunidad Autónoma».

En la Sentencia 115/1991, de 23 de mayo, el Tribunal Constitucional perfeccionó la anterior línea argumental en un nuevo conflicto positivo de competencias. En síntesis, de sus fundamentos jurídicos se infiere:

a) La traslación de la normativa comunitaria al derecho interno ha de seguir los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, a través del orden competencial establecido, que no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias.

b) En la medida que la dimensión territorial del cultivo y producción de determinadas

especies y variedades exija ineludiblemente una delimitación de zona de alcance territorial que supere al de una comunidad autónoma, esa delimitación territorial y la consecuente regulación ha de corresponder al Estado.

c) Como ya apuntaba la STC 76/1991 (comercio exterior), el Estado, junto con las comunidades autónomas, puede encontrar instrumentos técnicos de colaboración y cooperación que permitan una tarea técnica conjunta centralizada cuando razones de eficacia así lo aconsejan. Pero las razones técnicas o de eficacia no pueden justificar en ningún caso el desconocimiento o menoscabo de las competencias de la comunidad autónoma ni los deberes de colaboración o información recíproca pueden explicar extensión alguna de las competencias estatales.

En la Sentencia 80/1993, de 8 de marzo, el Tribunal Constitucional refrendó esa doctrina, aduciendo en resumen:

a) Es el Estado, como miembro de la CEE y obligado por las directivas comunitarias, quien ha de relacionarse con las instituciones autonómicas y demás Estados miembros para hacerles llegar la información pertinente [FJ 3].

b) La dimensión exterior de un asunto no puede servir para realizar una interpretación expansiva del art. 149.1.3 de la CE que venga a subsumir en la competencia estatal toda medida dotada de una cierta incidencia exterior por remota que sea, ya que si así fuera se produciría una reordenación del propio orden constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas [FJ 3].

c) Son las reglas internas de delimitación competencial las que, en todo caso, han de fundamentar la respuesta a los conflictos de competencias surgidos entre el Estado y las comunidades autónomas, tal como, además, se reconoce desde el propio derecho comunitario, en el que consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha consagrado el llamado principio de autonomía institucional y procedimental, en virtud del cual, cuando las disposiciones de los tratados o demás normas comunitarias reconocen poderes a los Estados miembros o les imponen obligaciones en orden a la aplicación del derecho comunitario, la cuestión de saber de qué forma el ejercicio de esos poderes y la ejecución de las obligaciones pueden ser confiadas por los Estados miembros a determinados órganos internos depende únicamente del sistema constitucional de cada Estado miembro



[FJ 3].

d) En estrecha relación con la responsabilidad internacional del Estado, debe señalarse que la plena garantía del cumplimiento y ejecución de las obligaciones internacionales y, en particular ahora, del derecho comunitario que al Estado encomienda el art. 93 de la CE, a pesar de que necesariamente ha de dotar al Gobierno de la Nación de los instrumentos necesarios para desempeñar esa función garantista, articulándose la cláusula de responsabilidad por medio de una serie de poderes que permitan al Estado llevar a la práctica los compromisos internacionales adoptados, tampoco puede tener una incidencia o proyección interna que venga a alterar la distribución de los poderes entre el Estado y las comunidades autónomas operada por el bloque de la constitucionalidad [FJ 3].

**AUTOR: JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ**

LIC. EN CC. POLÍTICAS Y DE LA ADM.

(ESPECIALIDAD RELACIONES INTERNACIONALES)

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DERECHO

**REVISADO POR MANUEL FUERTES CARBALLEIRA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*. Versión consolidada post Tratado de Lisboa, DOUE C 83, de 30.3.2010.
- LOUIS, JEAN-VICTOR: *El Ordenamiento jurídico comunitario*. Comisión Europea. *Perspectivas Europeas*. Bruselas. ISBN 92-825-9078-X.
- BORCHARDT, KLAUS-DIETER: *El ABC del derecho comunitario*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. ISBN 92-828-7799-X.
- ISAAC, GUY: *Manual de derecho comunitario general*. Ariel. Barcelona, 1993. ISBN 84-



344-1571-2.

- STC 252/1988.
- STC 115/1991.
- STC 80/1993.

## **TEMA 4.**

# **LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA: EL PARLAMENTO, EL CONSEJO EUROPEO, EL CONSEJO Y LA COMISIÓN. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS**

## **TEMA 4. LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA: EL PARLAMENTO, EL CONSEJO EUROPEO, EL CONSEJO Y LA COMISIÓN. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS**

La versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010), tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa, recoge con carácter general sobre las instituciones de la Unión:

### **<< TÍTULO III. DISPOSICIONES SOBRE LAS INSTITUCIONES**

#### *Artículo 13*

1. La Unión dispone de un marco institucional que tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones.

Las instituciones de la Unión son:

- El Parlamento Europeo,
- El Consejo Europeo,
- El Consejo,
- La Comisión Europea (denominada en lo sucesivo «Comisión»),
- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea,
- El Banco Central Europeo,
- El Tribunal de Cuentas.

2. Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal.

3. Las disposiciones relativas al Banco Central Europeo y al Tribunal de Cuentas, así como

las disposiciones detalladas sobre las demás instituciones, figuran en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión estarán asistidos por un Comité Económico y Social y por un Comité de las Regiones que ejercerán funciones consultivas.>>

En cuanto al Parlamento Europeo, cabe subrayar que ha ido ganando gran protagonismo y peso institucional con los últimos tratados de reforma. Tras el Tratado de Lisboa, el TUE consolidado lo caracteriza así:

#### <<Artículo 14

1. El Parlamento Europeo ejercerá conjuntamente con el Consejo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de control político y consultivas, en las condiciones establecidas en los Tratados. Elegirá al Presidente de la Comisión.

2. El Parlamento Europeo estará compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión. Su número no excederá de setecientos cincuenta, más el Presidente. La representación de los ciudadanos será decrecientemente proporcional, con un mínimo de seis diputados por Estado miembro. No se asignará a ningún Estado miembro más de noventa y seis escaños.

El Consejo Europeo adoptará por unanimidad, a iniciativa del Parlamento Europeo y con su aprobación, una decisión por la que se fije la composición del Parlamento Europeo conforme a los principios a que se refiere el párrafo primero.

3. Los diputados al Parlamento Europeo serán elegidos por sufragio universal directo, libre y secreto, para un mandato de cinco años.

4. El Parlamento Europeo elegirá a su Presidente y a la Mesa de entre sus diputados.>>

La reafirmación de la centralidad institucional y democrática del Parlamento Europeo queda expuesta en el artículo 10 del TUE *post* Lisboa:

#### <<Artículo 10

1. El funcionamiento de la Unión se basa en la democracia representativa.
2. Los ciudadanos estarán directamente representados en la Unión a través del Parlamento Europeo.

Los Estados miembros estarán representados en el Consejo Europeo por su Jefe de Estado o de Gobierno y en el Consejo por sus Gobiernos, que serán democráticamente responsables, bien ante sus Parlamentos nacionales, bien ante sus ciudadanos.

3. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la vida democrática de la Unión. Las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y próxima posible a los ciudadanos.
4. Los partidos políticos a escala europea contribuirán a formar la conciencia política europea y a expresar la voluntad de los ciudadanos de la Unión.>>

Además, el artículo 12 del TUE intenta consolidar un cauce a la coordinación entre el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales:

#### <<Artículo 12

Los Parlamentos nacionales contribuirán activamente al buen funcionamiento de la Unión, para lo cual:

- a) serán informados por las instituciones de la Unión y recibirán notificación de los proyectos de actos legislativos de la Unión de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea;
- b) velarán por que se respete el principio de subsidiariedad de conformidad con los procedimientos establecidos en el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad;
- c) participarán, en el marco del espacio de libertad, seguridad y justicia, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo 70 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust, de conformidad con los artículos 88 y 85 de dicho Tratado;

- d) participarán en los procedimientos de revisión de los Tratados, de conformidad con el artículo 48 del presente Tratado;
- e) serán informados de las solicitudes de adhesión a la Unión, de conformidad con el artículo 49 del presente Tratado;
- f) participarán en la cooperación interparlamentaria entre los Parlamentos nacionales y con el Parlamento Europeo, de conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea.>>

En dicho Protocolo (Protocolo nº 1), resulta muy interesante el mecanismo de cooperación interparlamentaria (Título II), que engloba dos artículos:

#### <<Artículo 9

El Parlamento Europeo y los Parlamentos nacionales definirán conjuntamente la organización y la promoción de una cooperación interparlamentaria eficaz y regular en el seno de la Unión.

#### Artículo 10

Una Conferencia de órganos parlamentarios especializados en asuntos de la Unión podrá dirigir al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión cualquier contribución que juzgue conveniente. Esta Conferencia fomentará además el intercambio de información y buenas prácticas entre los Parlamentos nacionales y el Parlamento Europeo y entre sus comisiones especializadas. La Conferencia podrá asimismo organizar conferencias interparlamentarias sobre temas concretos, en particular para debatir asuntos de política exterior y de seguridad común, incluida la política común de seguridad y de defensa. Las aportaciones de la Conferencia no vincularán a los Parlamentos nacionales ni prejuzgarán su posición.>>

Además, el antedicho Protocolo nº 1, posibilita en su Título I un mecanismo muy original de información o alerta:

## <<Artículo 2

Los proyectos de actos legislativos dirigidos al Parlamento Europeo y al Consejo se transmitirán a los Parlamentos nacionales.

A los efectos del presente Protocolo, se entenderá por «proyecto de acto legislativo» las propuestas de la Comisión, las iniciativas de un grupo de Estados miembros, las iniciativas del Parlamento Europeo, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo.

Los proyectos de actos legislativos que tengan su origen en la Comisión serán transmitidos directamente por ésta a los Parlamentos nacionales, al mismo tiempo que al Parlamento Europeo y al Consejo.

Los proyectos de actos legislativos que tengan su origen en el Parlamento Europeo serán transmitidos directamente por éste a los Parlamentos nacionales.

Los proyectos de actos legislativos que tengan su origen en un grupo de Estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en el Banco Europeo de Inversiones serán transmitidos por el Consejo a los Parlamentos nacionales.

## Artículo 3

Los Parlamentos nacionales podrán dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado sobre la conformidad de un proyecto de acto legislativo con el principio de subsidiariedad, con arreglo al procedimiento establecido por el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en un grupo de Estados miembros, el Presidente del Consejo transmitirá el o los dictámenes motivados a los Gobiernos de esos Estados miembros.

Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en el Tribunal de Justicia, el Banco Central

Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, el Presidente del Consejo transmitirá el o los dictámenes motivados a la institución u órgano de que se trate.

#### Artículo 4

Entre el momento en que se transmita a los Parlamentos nacionales un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión y la fecha de inclusión de dicho proyecto en el orden del día provisional del Consejo con miras a su adopción o a la adopción de una posición en el marco de un procedimiento legislativo, deberá transcurrir un plazo de ocho semanas. Serán posibles las excepciones en caso de urgencia, cuyos motivos se mencionarán en el acto o la posición del Consejo. A lo largo de esas ocho semanas no podrá constatarse ningún acuerdo sobre un proyecto de acto legislativo, salvo en casos urgentes debidamente motivados. Entre la inclusión de un proyecto de acto legislativo en el orden del día provisional del Consejo y la adopción de una posición deberá transcurrir un plazo de diez días, salvo en casos urgentes debidamente motivados.>>

Una de las tareas más significativas que el TUE atribuye al Parlamento Europeo, además del rol presupuestario, es la que atañe a la acción exterior:

#### <<Artículo 36 (antiguo artículo 21 TUE)

El Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad consultará periódicamente al Parlamento Europeo sobre los aspectos principales y las opciones fundamentales de la política exterior y de seguridad común y de la política común de seguridad y defensa y le informará de la evolución de dichas políticas. Velará por que se tengan debidamente en cuenta las opiniones del Parlamento Europeo. Los representantes especiales podrán estar asociados a la información al Parlamento Europeo.

El Parlamento Europeo podrá dirigir preguntas o formular recomendaciones al Consejo y al Alto Representante. Dos veces al año procederá a un debate sobre los progresos realizados en el desarrollo de la política exterior y de seguridad común, incluida la política común de seguridad y defensa.>>

En el TFUE, por añadidura, queda reflejada la trascendencia que, tras décadas de construcción comunitaria, ha adquirido el Parlamento Europeo:



<<Artículo 223 (antiguo artículo 190, apartados 4 y 5, TCE)

1. El Parlamento Europeo elaborará un proyecto encaminado a establecer las disposiciones necesarias para hacer posible la elección de sus miembros por sufragio universal directo, de acuerdo con un procedimiento uniforme en todos los Estados miembros o de acuerdo con principios comunes a todos los Estados miembros.

El Consejo establecerá las disposiciones necesarias por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, previa aprobación del Parlamento Europeo, que se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen. Dichas disposiciones entrarán en vigor una vez que hayan sido aprobadas por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

2. El Parlamento Europeo establecerá mediante reglamentos adoptados por propia iniciativa, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, el estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones de sus miembros, previo dictamen de la Comisión y con la aprobación del Consejo. Toda norma o condición relativas al régimen fiscal de los miembros o de los antiguos miembros se decidirán en el Consejo por unanimidad.

Artículo 224 (antiguo artículo 191, párrafo segundo, TCE)

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, establecerán mediante reglamentos el estatuto de los partidos políticos a escala europea, a los que se hace referencia en el apartado 4 del artículo 10 del Tratado de la Unión Europea, y en particular las normas relativas a su financiación.

Artículo 225 (antiguo artículo 192, párrafo segundo, TCE)

Por decisión de la mayoría de los miembros que lo componen, el Parlamento Europeo podrá solicitar a la Comisión que presente las propuestas oportunas sobre cualquier asunto que a juicio de aquél requiera la elaboración de un acto de la Unión para la aplicación de los Tratados. Si la Comisión no presenta propuesta alguna, comunicará las razones al Parlamento Europeo.

#### Artículo 226 (antiguo artículo 193 TCE)

En cumplimiento de sus cometidos y a petición de la cuarta parte de los miembros que lo componen, el Parlamento Europeo podrá constituir una comisión temporal de investigación para examinar, sin perjuicio de las competencias que los Tratados confieren a otras instituciones u órganos, alegaciones de infracción o de mala administración en la aplicación del Derecho de la Unión, salvo que de los hechos alegados esté conociendo un órgano jurisdiccional, hasta tanto concluya el procedimiento jurisdiccional.

La existencia de la comisión temporal de investigación terminará con la presentación de su informe.

El Parlamento Europeo determinará las modalidades de ejercicio del derecho de investigación mediante reglamentos adoptados por propia iniciativa, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, previa aprobación del Consejo y de la Comisión.

#### Artículo 227 (antiguo artículo 194 TCE)

Cualquier ciudadano de la Unión, así como cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a presentar al Parlamento Europeo, individualmente o asociado con otros ciudadanos o personas, una petición sobre un asunto propio de los ámbitos de actuación de la Unión que le afecte directamente.

#### Artículo 228 antiguo artículo 195 TCE)

1. El Parlamento Europeo elegirá a un Defensor del Pueblo Europeo, que estará facultado para recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión o de cualquier persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones, órganos u organismos de la Unión, con exclusión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Instruirá estas reclamaciones e informará al respecto.

En el desempeño de su misión, el Defensor del Pueblo llevará a cabo las investigaciones que considere justificadas, bien por iniciativa propia, bien sobre la base de las

reclamaciones recibidas directamente o a través de un miembro del Parlamento Europeo, salvo que los hechos alegados sean o hayan sido objeto de un procedimiento jurisdiccional. Cuando el Defensor del Pueblo haya comprobado un caso de mala administración, lo pondrá en conocimiento de la institución, órgano u organismo interesado, que dispondrá de un plazo de tres meses para exponer su posición al Defensor del Pueblo. Éste remitirá a continuación un informe al Parlamento Europeo y a la institución, órgano u organismo interesado. La persona de quien emane la reclamación será informada del resultado de estas investigaciones.

El Defensor del Pueblo presentará cada año al Parlamento Europeo un informe sobre el resultado de sus investigaciones.

2. El Defensor del Pueblo será elegido después de cada elección del Parlamento Europeo para toda la legislatura. Su mandato será renovable.

A petición del Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia podrá destituir al Defensor del Pueblo si éste dejare de cumplir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o hubiere cometido una falta grave.

3. El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones con total independencia. En el ejercicio de tales funciones no solicitará ni admitirá instrucciones de ningún gobierno, institución, órgano u organismo. Durante su mandato, el Defensor del Pueblo no podrá desempeñar ninguna otra actividad profesional, sea o no retribuida.

4. El Parlamento Europeo fijará, mediante reglamentos adoptados por propia iniciativa, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, el Estatuto y las condiciones generales de ejercicio de las funciones del Defensor del Pueblo, previo dictamen de la Comisión y con la aprobación del Consejo.

#### Artículo 229 (antiguo artículo 196 TCE)

El Parlamento Europeo celebrará cada año un período de sesiones. Se reunirá sin necesidad de previa convocatoria el segundo martes de marzo.

El Parlamento Europeo podrá reunirse en período parcial de sesiones extraordinario a

petición de la mayoría de los miembros que lo componen, del Consejo o de la Comisión.

Artículo 230 (antiguo artículo 197, párrafos segundo, tercero y cuarto, TCE)

La Comisión podrá asistir a todas las sesiones del Parlamento Europeo y comparecerá ante éste si así lo solicita.

La Comisión contestará oralmente o por escrito a todas las preguntas que le sean formuladas por el Parlamento Europeo o por sus miembros.

El Consejo Europeo y el Consejo comparecerán ante el Parlamento Europeo en las condiciones fijadas por el reglamento interno del Consejo Europeo y por el del Consejo.

Artículo 231 (antiguo artículo 198 TCE)

Salvo disposición en contrario de los Tratados, el Parlamento Europeo decidirá por mayoría de los votos emitidos.

El reglamento interno fijará el quórum.

Artículo 232 (antiguo artículo 199 TCE)

El Parlamento Europeo establecerá su propio reglamento interno por mayoría de los miembros que lo componen.

Los documentos del Parlamento Europeo se publicarán en la forma prevista en los Tratados y en dicho reglamento.

Artículo 233 (antiguo artículo 200 TCE)

El Parlamento Europeo procederá a la discusión, en sesión pública, del informe general anual que le presentará la Comisión.

Artículo 234 (antiguo artículo 201 TCE)

El Parlamento Europeo, en caso de que se le someta una moción de censura sobre la gestión de la Comisión, sólo podrá pronunciarse sobre dicha moción transcurridos tres días como mínimo desde la fecha de su presentación y en votación pública.

Si la moción de censura es aprobada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos que representen, a su vez, la mayoría de los diputados que componen el Parlamento Europeo, los miembros de la Comisión deberán dimitir colectivamente de sus cargos y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad deberá dimitir del cargo que ejerce en la Comisión. Permanecerán en sus cargos y continuarán despachando los asuntos de administración ordinaria hasta que sean sustituidos de conformidad con el artículo 17 del Tratado de la Unión Europea. En tal caso, el mandato de los miembros de la Comisión designados para sustituirlos expirará en la fecha en que habría expirado el mandato de los miembros de la Comisión obligados a dimitir colectivamente de sus cargos.>>

Como se puede ver, el Parlamento Europeo es el depositario fundamental de la legitimidad democrática que le otorga de forma directa la ciudadanía de la Unión, y es por ello que su rol ha ganado protagonismo en el juego institucional comunitario.

Ahora, antes de pasar a desgranar lo concerniente al Consejo Europeo y al Consejo, conviene, como prevención cautelar, no confundirlos institucionalmente.

En cuanto al Consejo Europeo, el mismo TUE especifica:

#### <<Artículo 15

1. El Consejo Europeo dará a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definirá sus orientaciones y prioridades políticas generales. No ejercerá función legislativa alguna.
2. El Consejo Europeo estará compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por su Presidente y por el Presidente de la Comisión. Participará en sus trabajos el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.
3. El Consejo Europeo se reunirá dos veces por semestre por convocatoria de su Presidente. Cuando el orden del día lo exija, los miembros del Consejo Europeo podrán decidir contar, cada uno de ellos, con la asistencia de un ministro y, en el caso del Presidente de la Comisión, con la de un miembro de la Comisión. Cuando la situación lo exija, el Presidente convocará una reunión extraordinaria del Consejo Europeo.

4. El Consejo Europeo se pronunciará por consenso, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa.

5. El Consejo Europeo elegirá a su Presidente por mayoría cualificada para un mandato de dos años y medio, que podrá renovarse una sola vez. En caso de impedimento o falta grave, el Consejo Europeo podrá poner fin a su mandato por el mismo procedimiento.

6. El Presidente del Consejo Europeo:

- a) presidirá e impulsará los trabajos del Consejo Europeo;
- b) velará por la preparación y continuidad de los trabajos del Consejo Europeo, en cooperación con el Presidente de la Comisión y basándose en los trabajos del Consejo de Asuntos Generales;
- c) se esforzará por facilitar la cohesión y el consenso en el seno del Consejo Europeo;
- d) al término de cada reunión del Consejo Europeo, presentará un informe al Parlamento Europeo.

El Presidente del Consejo Europeo asumirá, en su rango y condición, la representación exterior de la Unión en los asuntos de política exterior y de seguridad común, sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad.

El Presidente del Consejo Europeo no podrá ejercer mandato nacional alguno.>>

Por su parte, en la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), se dispone sobre el Consejo Europeo:

<<Artículo 235

1. En caso de votación, cada miembro del Consejo Europeo podrá actuar en representación de uno solo de los demás miembros.

El apartado 4 del artículo 16 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 2 del artículo 238 del presente Tratado se aplicarán al Consejo Europeo cuando se pronuncie por

mayoría cualificada. El Presidente del Consejo Europeo y el Presidente de la Comisión no participarán en las votaciones del Consejo Europeo cuando éste se pronuncie por votación.

La abstención de los miembros presentes o representados no obstará a la adopción de los acuerdos del Consejo Europeo que requieran unanimidad.

2. El Consejo Europeo podrá invitar al Presidente del Parlamento Europeo a comparecer ante él.

3. El Consejo Europeo se pronunciará por mayoría simple en las cuestiones de procedimiento y para la aprobación de su reglamento interno.

4. El Consejo Europeo estará asistido por la Secretaría General del Consejo.

#### Artículo 236

El Consejo Europeo adoptará por mayoría cualificada:

a) una decisión por la que se establezca la lista de las formaciones del Consejo, distintas de la de Asuntos Generales y la de Asuntos Exteriores, de conformidad con el apartado 6 del artículo 16 del Tratado de la Unión Europea;

b) una decisión relativa a la presidencia de las formaciones del Consejo, con excepción de la de Asuntos Exteriores, de conformidad con el apartado 9 del artículo 16 del Tratado de la Unión Europea.>>

Por su parte, en el mismo TUE consolidado *post* Tratado de Lisboa (DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010), se dice del Consejo:

#### <<Artículo 16

1. El Consejo ejercerá conjuntamente con el Parlamento Europeo la función legislativa y la función presupuestaria. Ejercerá funciones de definición de políticas y de coordinación, en las condiciones establecidas en los Tratados.

2. El Consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro, de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que represente

y para ejercer el derecho de voto.

3. El Consejo se pronunciará por mayoría cualificada, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa.

4. A partir del 1 de noviembre de 2014, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55 % de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 % de la población de la Unión.

Una minoría de bloqueo estará compuesta por al menos cuatro miembros del Consejo, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada.

Las demás modalidades reguladoras del voto por mayoría cualificada se establecen en el apartado 2 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

5. Las disposiciones transitorias relativas a la definición de la mayoría cualificada que serán de aplicación hasta el 31 de octubre de 2014, así como las aplicables entre el 1 de noviembre de 2014 y el 31 de marzo de 2017, se establecerán en el Protocolo sobre las disposiciones transitorias.

6. El Consejo se reunirá en diferentes formaciones, cuya lista se adoptará de conformidad con el artículo 236 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El Consejo de Asuntos Generales velará por la coherencia de los trabajos de las diferentes formaciones del Consejo. Preparará las reuniones del Consejo Europeo y garantizará su actuación subsiguiente, en contacto con el Presidente del Consejo Europeo y la Comisión.

El Consejo de Asuntos Exteriores elaborará la acción exterior de la Unión atendiendo a las líneas estratégicas definidas por el Consejo Europeo y velará por la coherencia de la acción de la Unión.

7. Un Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros se encargará de preparar los trabajos del Consejo.

8. El Consejo se reunirá en público cuando delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo. Con este fin, cada sesión del Consejo se dividirá en dos partes, dedicadas



respectivamente a las deliberaciones sobre los actos legislativos de la Unión y a las actividades no legislativas.

9. La presidencia de las formaciones del Consejo, con excepción de la de Asuntos Exteriores, será desempeñada por los representantes de los Estados miembros en el Consejo mediante un sistema de rotación igual, de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 236 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.>>

Ya en el TFUE se concreta sobre el Consejo:

<<Artículo 237 (antiguo artículo 204 TCE)

El Consejo se reunirá por convocatoria de su Presidente, a iniciativa de éste, de uno de sus miembros o de la Comisión.

Artículo 238 (antiguo artículo 205, apartados 1 y 2, TCE)

1. Cuando deba adoptar un acuerdo por mayoría simple, el Consejo se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 16 del Tratado de la Unión Europea, a partir del 1 de noviembre de 2014, a reserva de las disposiciones fijadas en el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, cuando el Consejo no actúe a propuesta de la Comisión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 72 % de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 % de la población de la Unión.

3. A partir del 1 de noviembre de 2014, a reserva de las disposiciones fijadas en el Protocolo sobre las disposiciones transitorias, en aquellos casos en que, en aplicación de los Tratados, no todos los miembros del Consejo participen en la votación, la mayoría cualificada se definirá como sigue:

a) La mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 55 % de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros participantes que reúnan como mínimo el 65 % de la población de dichos Estados.

Una minoría de bloqueo estará compuesta al menos por el número mínimo de miembros del Consejo que represente más del 35 % de la población de los Estados miembros participantes, más un miembro, a falta de lo cual la mayoría cualificada se considerará alcanzada.

b) No obstante lo dispuesto en la letra a), cuando el Consejo no actúe a propuesta de la Comisión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 72 % de los miembros del Consejo que represente a Estados miembros participantes que reúnan como mínimo el 65 % de la población de dichos Estados.

4. Las abstenciones de los miembros presentes o representados no impedirán la adopción de los acuerdos del Consejo que requieran unanimidad.

Artículo 239 (antiguo artículo 206 TCE)

En caso de votación, cada miembro del Consejo podrá actuar en representación de uno solo de los demás miembros.

Artículo 240 (antiguo artículo 207 TCE)

1. Un Comité compuesto por Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros se encargará de preparar los trabajos del Consejo y de realizar las tareas que éste le confíe. El Comité podrá adoptar decisiones de procedimiento en los casos establecidos por el reglamento interno del Consejo.

2. El Consejo estará asistido por una Secretaría General, que estará bajo la responsabilidad de un Secretario General nombrado por el Consejo.

El Consejo decidirá por mayoría simple la organización de la Secretaría General.

3. El Consejo se pronunciará por mayoría simple en las cuestiones de procedimiento y para la aprobación de su reglamento interno.

Artículo 241 (antiguo artículo 208 TCE)

El Consejo, por mayoría simple, podrá pedir a la Comisión que proceda a efectuar todos

los estudios que él considere oportunos para la consecución de los objetivos comunes y que le someta las propuestas pertinentes. Si la Comisión no presenta propuesta alguna, comunicará las razones al Consejo.

#### Artículo 242 (antiguo artículo 209 TCE)

El Consejo, por mayoría simple, establecerá, previa consulta a la Comisión, los estatutos de los Comités previstos en los Tratados.

#### Artículo 243 (antiguo artículo 210 TCE)

El Consejo fijará los sueldos, dietas y pensiones del Presidente del Consejo Europeo, del Presidente de la Comisión, del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de los miembros de la Comisión, de los Presidentes, miembros y secretarios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Secretario General del Consejo. Fijará también cualesquiera otros emolumentos de carácter retributivo.>>

Finalmente, en cuanto a la Comisión, el TUE consolidado *post* Tratado de Lisboa la perfila del siguiente modo:

#### <<Artículo 17

1. La Comisión promoverá el interés general de la Unión y tomará las iniciativas adecuadas con este fin. Velará por que se apliquen los Tratados y las medidas adoptadas por las instituciones en virtud de éstos. Supervisará la aplicación del Derecho de la Unión bajo el control del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ejecutará el presupuesto y gestionará los programas. Ejercerá asimismo funciones de coordinación, ejecución y gestión, de conformidad con las condiciones establecidas en los Tratados. Con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos por los Tratados, asumirá la representación exterior de la Unión. Adoptará las iniciativas de la programación anual y plurianual de la Unión con el fin de alcanzar acuerdos interinstitucionales.

2. Los actos legislativos de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa. Los demás actos se adoptarán a propuesta de la Comisión cuando así lo establezcan los Tratados.

3. El mandato de la Comisión será de cinco años.

Los miembros de la Comisión serán elegidos en razón de su competencia general y de su compromiso europeo, de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia.

La Comisión ejercerá sus responsabilidades con plena independencia. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 18, los miembros de la Comisión no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún gobierno, institución, órgano u organismo. Se abstendrán de todo acto incompatible con sus obligaciones o con el desempeño de sus funciones.

4. La Comisión nombrada entre la fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa y el 31 de octubre de 2014 estará compuesta por un nacional de cada Estado miembro, incluidos su Presidente y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, que será uno de sus Vicepresidentes.

5. A partir del 1 de noviembre de 2014, la Comisión estará compuesta por un número de miembros correspondiente a los dos tercios del número de Estados miembros, que incluirá a su Presidente y al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, a menos que el Consejo Europeo decida por unanimidad modificar dicho número.

Los miembros de la Comisión serán seleccionados de entre los nacionales de los Estados miembros mediante un sistema de rotación estrictamente igual entre los Estados miembros que permita tener en cuenta la diversidad demográfica y geográfica del conjunto de dichos Estados. Este sistema será establecido por unanimidad por el Consejo Europeo de conformidad con el artículo 244 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

6. El Presidente de la Comisión:

a) definirá las orientaciones con arreglo a las cuales la Comisión desempeñará sus funciones;

b) determinará la organización interna de la Comisión velando por la coherencia, eficacia y colegialidad de su actuación;

c) nombrará Vicepresidentes, distintos del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de entre los miembros de la Comisión.

Un miembro de la Comisión presentará su dimisión si se lo pide el Presidente. El Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad presentará su dimisión, con arreglo al procedimiento establecido en el apartado 1 del artículo 18, si se lo pide el Presidente.

7. Teniendo en cuenta el resultado de las elecciones al Parlamento Europeo y tras mantener las consultas apropiadas, el Consejo Europeo propondrá al Parlamento Europeo, por mayoría cualificada, un candidato al cargo de Presidente de la Comisión. El Parlamento Europeo elegirá al candidato por mayoría de los miembros que lo componen. Si el candidato no obtiene la mayoría necesaria, el Consejo Europeo propondrá en el plazo de un mes, por mayoría cualificada, un nuevo candidato, que será elegido por el Parlamento Europeo por el mismo procedimiento.

El Consejo, de común acuerdo con el Presidente electo, adoptará la lista de las demás personalidades que se proponga nombrar miembros de la Comisión. Éstas serán seleccionadas, a partir de las propuestas presentadas por los Estados miembros, de acuerdo con los criterios enunciados en el párrafo segundo del apartado 3 y en el párrafo segundo del apartado 5.

El Presidente, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y los demás miembros de la Comisión se someterán colegiadamente al voto de aprobación del Parlamento Europeo. Sobre la base de dicha aprobación, la Comisión será nombrada por el Consejo Europeo, por mayoría cualificada.

8. La Comisión tendrá una responsabilidad colegiada ante el Parlamento Europeo. El Parlamento Europeo podrá votar una moción de censura contra la Comisión de conformidad con el artículo 234 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Si se aprueba dicha moción, los miembros de la Comisión deberán dimitir colectivamente de sus

cargos y el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad deberá dimitir del cargo que ejerce en la Comisión.>>

El TUE añade especificidades para el Alto Representante, que por su rol establece, a través de su figura, un nexo entre Consejo Europeo, Consejo y Comisión:

#### <<Artículo 18

1. El Consejo Europeo nombrará por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión, al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. El Consejo Europeo podrá poner fin a su mandato por el mismo procedimiento.
2. El Alto Representante estará al frente de la política exterior y de seguridad común de la Unión. Contribuirá con sus propuestas a elaborar dicha política y la ejecutará como mandatario del Consejo. Actuará del mismo modo en relación con la política común de seguridad y defensa.
3. El Alto Representante presidirá el Consejo de Asuntos Exteriores.
4. El Alto Representante será uno de los Vicepresidentes de la Comisión. Velará por la coherencia de la acción exterior de la Unión. Se encargará, dentro de la Comisión, de las responsabilidades que incumben a la misma en el ámbito de las relaciones exteriores y de la coordinación de los demás aspectos de la acción exterior de la Unión. En el ejercicio de estas responsabilidades dentro de la Comisión, y exclusivamente por lo que respecta a las mismas, el Alto Representante estará sujeto a los procedimientos por los que se rige el funcionamiento de la Comisión en la medida en que ello sea compatible con los apartados 2 y 3.>>

En el TFUE consolidado *post* Tratado de Lisboa, la vida de la Comisión queda regulada del siguiente modo:

#### <<Artículo 244

De conformidad con el apartado 5 del artículo 17 del Tratado de la Unión Europea, los miembros de la Comisión serán elegidos mediante un sistema de rotación establecido por unanimidad por el Consejo Europeo, basado en los principios siguientes:

a) Se tratará a los Estados miembros en condiciones de rigurosa igualdad en lo que se refiere a la determinación del orden de turno y del período de permanencia de sus nacionales en la Comisión; por lo tanto, la diferencia entre el número total de los mandatos que ejerzan nacionales de dos determinados Estados miembros nunca podrá ser superior a uno.

b) Con sujeción a lo dispuesto en la letra a), cada una de las sucesivas Comisiones se constituirá de forma que refleje de manera satisfactoria la diversidad demográfica y geográfica del conjunto de los Estados miembros.

#### *Artículo 245 (antiguo artículo 213 TCE)*

Los miembros de la Comisión se abstendrán de todo acto incompatible con el carácter de sus funciones. Los Estados miembros respetarán su independencia y no intentarán influir en ellos en el desempeño de sus funciones.

Los miembros de la Comisión no podrán, mientras dure su mandato, ejercer ninguna otra actividad profesional, retribuida o no. En el momento de asumir sus funciones, se comprometerán solemnemente a respetar, mientras dure su mandato y aún después de finalizar éste, las obligaciones derivadas de su cargo y, en especial, los deberes de honestidad y discreción, en cuanto a la aceptación, una vez terminado su mandato, de determinadas funciones o beneficios. En caso de incumplimiento de dichas obligaciones, el Tribunal de Justicia, a instancia del Consejo, por mayoría simple, o de la Comisión, podrá, según los casos, declarar su cese en las condiciones previstas en el artículo 247 o la privación del derecho del interesado a la pensión o de cualquier otro beneficio sustitutivo.

#### *Artículo 246 (antiguo artículo 215 TCE)*

Aparte de los casos de renovación periódica y fallecimiento, el mandato de los miembros de la Comisión concluirá individualmente por dimisión voluntaria o cese.

El miembro dimisionario, cesado o fallecido será sustituido por el resto de su mandato por un nuevo miembro de la misma nacionalidad, nombrado por el Consejo, de común acuerdo con el Presidente de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo y con arreglo a los criterios establecidos en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 17 del

Tratado de la Unión Europea.

El Consejo, por unanimidad y a propuesta del Presidente de la Comisión, podrá decidir que no ha lugar a tal sustitución, en particular cuando quede poco tiempo para que termine el mandato de dicho miembro.

En caso de dimisión, cese o fallecimiento, el Presidente será sustituido por el tiempo que falte para terminar el mandato. Para su sustitución será aplicable el procedimiento previsto en el párrafo primero del apartado 7 del artículo 17 del Tratado de la Unión Europea.

En caso de dimisión voluntaria, cese o fallecimiento, el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad será sustituido por el resto de su mandato, de conformidad con el apartado 1 del artículo 18 del Tratado de la Unión Europea.

En caso de dimisión voluntaria de todos los miembros de la Comisión, éstos permanecerán en sus cargos y continuarán despachando los asuntos de administración ordinaria hasta que sean sustituidos, por el resto de su mandato, de conformidad con el artículo 17 del Tratado de la Unión Europea.

#### *Artículo 247 (antiguo artículo 216 TCE)*

Todo miembro de la Comisión que deje de reunir las condiciones necesarias para el ejercicio de sus funciones o haya cometido una falta grave podrá ser cesado por el Tribunal de Justicia, a instancia del Consejo, por mayoría simple, o de la Comisión.

#### *Artículo 248 (antiguo artículo 217, apartado 2, TCE)*

Sin perjuicio del apartado 4 del artículo 18 del Tratado de la Unión Europea, las responsabilidades que incumben a la Comisión serán estructuradas y repartidas entre sus miembros por el Presidente, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 17 de dicho Tratado. El Presidente podrá reorganizar el reparto de dichas responsabilidades a lo largo de su mandato. Los miembros de la Comisión ejercerán las funciones que les atribuya el Presidente bajo la autoridad de éste.

#### *Artículo 249 (antiguos artículos 218, apartado 2, y 212 TCE)*



1. La Comisión establecerá su reglamento interno con objeto de asegurar su funcionamiento y el de sus servicios. La Comisión publicará dicho reglamento.
2. La Comisión publicará todos los años, al menos un mes antes de la apertura del período de sesiones del Parlamento Europeo, un informe general sobre las actividades de la Unión.

*Artículo 250 (antiguo artículo 219 TCE)*

Los acuerdos de la Comisión se adoptarán por mayoría de sus miembros.

Su reglamento interno fijará el quórum.>>

Es fundamental enfatizar en cualquier caso el compromiso institucional de la Unión con los principios de buena gobernanza. En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consolidado tras la vigencia del Tratado de Lisboa, se recoge:

<<Artículo 15 (antiguo artículo 255 TCE)

1. A fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura.
2. Las sesiones del Parlamento Europeo serán públicas, así como las del Consejo en las que éste delibere y vote sobre un proyecto de acto legislativo.
3. Todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado.

El Parlamento Europeo y Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, determinarán mediante reglamentos los principios generales y los límites, por motivos de interés público o privado, que regulan el ejercicio de este derecho de acceso a los documentos.

Cada una de las instituciones, órganos u organismos garantizará la transparencia de sus

trabajos y elaborará en su reglamento interno disposiciones específicas sobre el acceso a sus documentos, de conformidad con los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones sólo estarán sujetos al presente apartado cuando ejerzan funciones administrativas.

El Parlamento Europeo y el Consejo garantizarán la publicidad de los documentos relativos a los procedimientos legislativos en las condiciones establecidas por los reglamentos contemplados en el párrafo segundo.>>

## **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA Y EL TRIBUNAL DE CUENTAS**

### **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA.**

Siendo la Unión Europea una unión de Estados fundamentada en el Derecho, se comprenderá la relevante posición del Tribunal de Justicia en el entramado institucional. El TUE consolidado *post* Tratado de Lisboa lo caracteriza de la siguiente forma:

<<Artículo 19

1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados.

Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión.

2. El Tribunal de Justicia estará compuesto por un juez por Estado miembro. Estará asistido por abogados generales.

El Tribunal General dispondrá al menos de un juez por Estado miembro.

Los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia y los jueces del Tribunal General serán elegidos de entre personalidades que ofrezcan plenas garantías de independencia y que reúnan las condiciones contempladas en los artículos 253 y 254 del Tratado de

Funcionamiento de la Unión Europea. Serán nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros para un período de seis años. Los jueces y abogados generales salientes podrán ser nombrados de nuevo.

3. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, de conformidad con los Tratados:

- a) sobre los recursos interpuestos por un Estado miembro, por una institución o por personas físicas o jurídicas;
- b) con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones;
- c) en los demás casos previstos por los Tratados.>>

El TFUE consolidado detalla acto seguido y de manera pormenorizada su organización, estructura y cometidos:

<<Artículo 251 (antiguo artículo 221 TCE)

El Tribunal de Justicia actuará en Salas o en Gran Sala, de conformidad con las normas establecidas al respecto en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Cuando el Estatuto así lo disponga, el Tribunal de Justicia también podrá actuar en Pleno.

Artículo 252 (antiguo artículo 222 TCE)

El Tribunal de Justicia estará asistido por ocho abogados generales. Si el Tribunal de Justicia lo solicitare, el Consejo, por unanimidad, podrá aumentar el número de abogados generales.

La función del abogado general consistirá en presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requieran su intervención.

#### Artículo 253 (antiguo artículo 223 TCE)

Los jueces y los abogados generales del Tribunal de Justicia, elegidos entre personalidades que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocida competencia, serán designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años, tras consultar al comité a que se refiere el artículo 255.

Cada tres años tendrá lugar una renovación parcial de los jueces y abogados generales, en las condiciones establecidas en el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los jueces elegirán de entre ellos al Presidente del Tribunal de Justicia por un período de tres años. Su mandato será renovable.

Los jueces y los abogados generales salientes podrán ser nuevamente designados.

El Tribunal de Justicia nombrará a su secretario y establecerá el estatuto de éste.

El Tribunal de Justicia establecerá su Reglamento de Procedimiento. Dicho reglamento requerirá la aprobación del Consejo.

#### Artículo 254 (antiguo artículo 224 TCE)

El número de jueces del Tribunal General será fijado por el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El Estatuto podrá disponer que el Tribunal General esté asistido por abogados generales.

Los miembros del Tribunal General serán elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de altas funciones jurisdiccionales. Serán designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros por un período de seis años, tras consultar al comité a que se refiere el artículo 255. Cada tres años tendrá lugar una renovación parcial. Los miembros salientes podrán ser nuevamente designados.

Los jueces elegirán de entre ellos al Presidente del Tribunal General por un período de tres

años. Su mandato será renovable.

El Tribunal General nombrará a su secretario y establecerá el estatuto de éste.

El Tribunal General establecerá su Reglamento de Procedimiento de acuerdo con el Tribunal de Justicia. Dicho reglamento requerirá la aprobación del Consejo.

Salvo disposición en contrario del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las disposiciones de los Tratados relativas al Tribunal de Justicia serán aplicables al Tribunal General.

#### Artículo 255

Se constituirá un comité para que se pronuncie sobre la idoneidad de los candidatos para el ejercicio de las funciones de juez y abogado general del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, antes de que los Gobiernos de los Estados miembros procedan a los nombramientos de conformidad con los artículos 253 y 254.

El comité estará compuesto por siete personalidades elegidas de entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, miembros de los órganos jurisdiccionales nacionales superiores y juristas de reconocida competencia, uno de los cuales será propuesto por el Parlamento Europeo. El Consejo adoptará una decisión por la que se establezcan las normas de funcionamiento del comité, así como una decisión por la que se designe a sus miembros. El Consejo se pronunciará por iniciativa del Presidente del Tribunal de Justicia.

#### Artículo 256 (antiguo artículo 225 TCE)

1. El Tribunal General será competente para conocer en primera instancia de los recursos contemplados en los artículos 263, 265, 268, 270 y 272, con excepción de los que se atribuyan a un tribunal especializado creado en virtud del artículo 257 y de los que el Estatuto reserve al Tribunal de Justicia. El Estatuto podrá establecer que el Tribunal General sea competente en otras categorías de recursos.

Contra las resoluciones dictadas por el Tribunal General en virtud del presente apartado podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia limitado a las

cuestiones de Derecho, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto.

2. El Tribunal General será competente para conocer de los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los tribunales especializados.

Las resoluciones dictadas por el Tribunal General en virtud del presente apartado podrán ser reexaminadas con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión.

3. El Tribunal General será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales, planteadas en virtud del artículo 267, en materias específicas determinadas por el Estatuto.

Cuando el Tribunal General considere que el asunto requiere una resolución de principio que pueda afectar a la unidad o a la coherencia del Derecho de la Unión, podrá remitir el asunto ante el Tribunal de Justicia para que éste resuelva.

Las resoluciones dictadas por el Tribunal General sobre cuestiones prejudiciales podrán ser reexaminadas con carácter excepcional por el Tribunal de Justicia, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto, en caso de riesgo grave de que se vulnere la unidad o la coherencia del Derecho de la Unión.

#### Artículo 257 (antiguo artículo 225 A TCE)

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán crear tribunales especializados adjuntos al Tribunal General, encargados de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos en materias específicas. El Parlamento Europeo y el Consejo se pronunciarán mediante reglamentos, bien a propuesta de la Comisión y previa consulta al Tribunal de Justicia, bien a instancia del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión.

El reglamento por el que se cree un tribunal especializado fijará las normas relativas a la composición de dicho tribunal y precisará el alcance de las competencias que se le atribuyan.

Contra las resoluciones dictadas por los tribunales especializados podrá interponerse ante el Tribunal General recurso de casación limitado a las cuestiones de Derecho o, cuando el reglamento relativo a la creación del tribunal especializado así lo contemple, recurso de apelación referente también a las cuestiones de hecho.

Los miembros de los tribunales especializados serán elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales. Serán designados por el Consejo por unanimidad.

Los tribunales especializados establecerán su Reglamento de Procedimiento de acuerdo con el Tribunal de Justicia. Dicho reglamento requerirá la aprobación del Consejo.

Salvo disposición en contrario del reglamento por el que se cree el tribunal especializado, las disposiciones de los Tratados relativas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las disposiciones del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea serán aplicables a los tribunales especializados. El título I del Estatuto y su artículo 64 se aplicarán en todo caso a los tribunales especializados.

#### Artículo 258 (antiguo artículo 226 TCE)

Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones.

Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

#### Artículo 259 (antiguo artículo 227 TCE)

Cualquier Estado miembro podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si estimare que otro Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados.

Antes de que un Estado miembro interponga, contra otro Estado miembro, un recurso fundado en un supuesto incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, deberá someter el asunto a la Comisión.

La Comisión emitirá un dictamen motivado, una vez que los Estados interesados hayan tenido la posibilidad de formular sus observaciones por escrito y oralmente en procedimiento contradictorio.

Si la Comisión no hubiere emitido el dictamen en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, la falta de dictamen no será obstáculo para poder recurrir al Tribunal.

#### Artículo 260 (antiguo artículo 228 TCE)

1. Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal.

2. Si la Comisión estimare que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. La Comisión indicará el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias.

Si el Tribunal declarare que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

Este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 259.

3. Cuando la Comisión presente un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del artículo 258 por considerar que el Estado miembro afectado ha incumplido la obligación de informar sobre las medidas de transposición de una directiva adoptada con arreglo a un procedimiento legislativo, podrá, si lo considera oportuno, indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por dicho Estado y que considere adaptado a las circunstancias.

Si el Tribunal comprueba la existencia del incumplimiento, podrá imponer al Estado miembro afectado el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva dentro



del límite del importe indicado por la Comisión. La obligación de pago surtirá efecto en la fecha fijada por el Tribunal en la sentencia.

#### Artículo 261 (antiguo artículo 229 TCE)

Los reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo, en virtud de las disposiciones de los Tratados, podrán atribuir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos.

#### Artículo 262 (antiguo artículo 229 A TCE)

Sin perjuicio de las restantes disposiciones de los Tratados, el Consejo, por unanimidad, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar disposiciones destinadas a atribuir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la medida que el Consejo determine, la competencia para resolver litigios relativos a la aplicación de los actos adoptados sobre la base de los Tratados por los que se crean títulos europeos de propiedad intelectual o industrial. Dichas disposiciones entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

#### Artículo 263 (antiguo artículo 230 TCE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente en las mismas condiciones para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el Tribunal de Cuentas, por el Banco Central Europeo y por el Comité de las Regiones con el fin de salvaguardar prerrogativas de éstos.

Toda persona física o jurídica podrá interponer recurso, en las condiciones previstas en los párrafos primero y segundo, contra los actos de los que sea destinataria o que la afecten directa e individualmente y contra los actos reglamentarios que la afecten directamente y que no incluyan medidas de ejecución.

Los actos por los que se crean los órganos y organismos de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas contra actos de dichos órganos u organismos destinados a producir efectos jurídicos frente a ellos.

Los recursos previstos en el presente artículo deberán interponerse en el plazo de dos meses a partir, según los casos, de la publicación del acto, de su notificación al recurrente o, a falta de ello, desde el día en que éste haya tenido conocimiento del mismo.

#### Artículo 264 (antiguo artículo 231 TCE)

Si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado.

Sin embargo, el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos.

#### Artículo 265 (antiguo artículo 232 TCE)

En caso de que, en violación de los Tratados, el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión o el Banco Central Europeo se abstuvieren de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Unión podrán recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea con objeto de que declare dicha violación. El presente artículo se aplicará, en las mismas condiciones, a los órganos y organismos de la Unión que se abstengan de pronunciarse.

Este recurso solamente será admisible si la institución, órgano u organismo de que se trate hubieren sido requeridos previamente para que actúen. Si transcurrido un plazo de dos meses, a partir de dicho requerimiento, la institución, órgano u organismo no hubiere definido su posición, el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses.

Toda persona física o jurídica podrá recurrir en queja al Tribunal, en las condiciones señaladas en los párrafos precedentes, por no haberle dirigido una de las instituciones, o uno de los órganos u organismos de la Unión un acto distinto de una recomendación o de un dictamen.

#### Artículo 266 (antiguo artículo 233 TCE)

La institución, órgano u organismo del que emane el acto anulado, o cuya abstención haya sido declarada contraria a los Tratados, estarán obligados a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta obligación se entiende sin perjuicio de la que pueda resultar de la aplicación del párrafo segundo del artículo 340.

#### Artículo 267 (antiguo artículo 234 TCE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de

Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

#### Artículo 268 (antiguo artículo 235 TCE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para conocer de los litigios relativos a la indemnización por daños a que se refieren los párrafos segundo y tercero del artículo 340.

#### Artículo 269

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre la legalidad de un acto adoptado por el Consejo Europeo o por el Consejo en virtud del artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, solamente a petición del Estado miembro objeto de la constatación del Consejo Europeo o del Consejo y únicamente en lo que se refiere al respeto de las disposiciones de procedimiento establecidas en el citado artículo.

Esta petición deberá presentarse en el plazo de un mes a partir de la constatación. El Tribunal se pronunciará en el plazo de un mes a partir de la fecha de la petición.

#### Artículo 270 (antiguo artículo 236 TCE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre cualquier litigio entre la Unión y sus agentes dentro de los límites y en las condiciones que establezca el Estatuto de los funcionarios de la Unión y el régimen aplicable a los otros agentes de la Unión.

#### Artículo 271 (antiguo artículo 237 TCE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente, dentro de los límites que a continuación se señalan, para conocer de los litigios relativos:

a) al cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros que se derivan de los Estatutos del Banco Europeo de Inversiones. El Consejo de Administración del Banco

tendrá, a este respecto, las competencias que el artículo 258 atribuye a la Comisión;

b) a los acuerdos del Consejo de Gobernadores del Banco. Cualquier Estado miembro, la Comisión y el Consejo de Administración del Banco podrán interponer recurso en esta materia, en las condiciones previstas en el artículo 263;

c) a los acuerdos del Consejo de Administración del Banco. Sólo podrán interponer recurso contra tales acuerdos los Estados miembros o la Comisión, en las condiciones establecidas en el artículo 263 y únicamente por vicio de forma en el procedimiento previsto en los apartados 2, 5, 6 y 7 del artículo 19 de los Estatutos del Banco;

d) al cumplimiento por parte de los bancos centrales nacionales de las obligaciones que se derivan de los Tratados y de los Estatutos del SEBC y del BCE. El Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo dispondrá a este respecto, frente a los bancos centrales nacionales, de los poderes que el artículo 258 reconoce a la Comisión respecto de los Estados miembros. Si el Tribunal declarare que un banco central nacional ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho banco estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal.

#### Artículo 272 (antiguo artículo 238 TCE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para juzgar en virtud de una cláusula compromisoria contenida en un contrato de Derecho público o de Derecho privado celebrado por la Unión o por su cuenta.

#### Artículo 273 (antiguo artículo 239 TCE)

El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse sobre cualquier controversia entre Estados miembros relacionada con el objeto de los Tratados, si dicha controversia le es sometida en virtud de un compromiso.

#### Artículo 274 (antiguo artículo 240 TCE)

Sin perjuicio de las competencias que los Tratados atribuyen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los litigios en los que la Unión sea parte no podrán ser, por tal motivo, sustraídos a la competencia de las jurisdicciones nacionales.

## Artículo 275

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para pronunciarse sobre las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común ni sobre los actos adoptados sobre la base de éstas.

No obstante, el Tribunal de Justicia será competente para controlar el respeto del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea y para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 del presente Tratado y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del Tratado de la Unión Europea por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas.

## Artículo 276

En el ejercicio de sus atribuciones respecto de las disposiciones de los capítulos 4 y 5 del título V de la tercera parte relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no será competente para comprobar la validez o proporcionalidad de operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro, ni para pronunciarse sobre el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros respecto del mantenimiento del orden público y de la salvaguardia de la seguridad interior.

## Artículo 277 (antiguo artículo 241 TCE)

Aunque haya expirado el plazo previsto en el párrafo sexto del artículo 263, cualquiera de las partes de un litigio en el que se cuestione un acto de alcance general adoptado por una institución, órgano u organismo de la Unión podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea alegando la inaplicabilidad de dicho acto por los motivos previstos en el párrafo segundo del artículo 263.

## Artículo 278 (antiguo artículo 242 TCE)

Los recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal podrá, si estima que las circunstancias así lo

exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

Artículo 279 (antiguo artículo 243 TCE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo.

Artículo 280 (antiguo artículo 244 TCE)

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tendrán fuerza ejecutiva en las condiciones que establece el artículo 299.

Artículo 281 (antiguo artículo 245 TCE)

El Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se fijará en un protocolo independiente.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán modificar las disposiciones del Estatuto, a excepción de su título I y su artículo 64. El Parlamento Europeo y el Consejo se pronunciarán bien a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión, bien a propuesta de la Comisión y previa consulta al Tribunal de Justicia.>>

## **EL TRIBUNAL DE CUENTAS.**

En el TFUE se dice de Tribunal de Cuentas:

<<Artículo 285 (antiguo artículo 246 TCE)

La fiscalización, o control de cuentas de la Unión, será efectuada por el Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas estará compuesto por un nacional de cada Estado miembro. Los miembros del Tribunal ejercerán sus funciones con plena independencia, en interés general de la Unión.

Artículo 286 (antiguo artículo 247 TCE)

1. Los miembros del Tribunal de Cuentas serán elegidos entre personalidades que pertenezcan o hayan pertenecido en sus respectivos Estados a las instituciones de control externo o que estén especialmente calificadas para esta función. Deberán ofrecer absolutas garantías de independencia.

2. Los miembros del Tribunal de Cuentas serán nombrados para un período de seis años. El Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará la lista de miembros establecida de conformidad con las propuestas presentadas por cada Estado miembro. El mandato de los miembros del Tribunal de Cuentas será renovable.

Los miembros elegirán de entre ellos al Presidente del Tribunal de Cuentas por un período de tres años. Su mandato será renovable.

3. En el cumplimiento de sus funciones, los miembros del Tribunal de Cuentas no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún Gobierno ni de ningún organismo. Se abstendrán de realizar cualquier acto incompatible con el carácter de sus funciones.

4. Los miembros del Tribunal de Cuentas no podrán, mientras dure su mandato, ejercer ninguna otra actividad profesional, retribuida o no. En el momento de asumir sus funciones, se comprometerán solemnemente a respetar, mientras dure su mandato y aún después de finalizar éste, las obligaciones derivadas de su cargo y, en especial, los deberes de honestidad y discreción en cuanto a la aceptación, una vez terminado su mandato, de determinadas funciones o beneficios.

5. Aparte de los casos de renovación periódica y fallecimiento, el mandato de los miembros del Tribunal de Cuentas concluirá individualmente por dimisión voluntaria o cese declarado por el Tribunal de Justicia de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6.

El interesado será sustituido por el tiempo que falte para terminar el mandato.

Salvo en caso de cese, los miembros del Tribunal de Cuentas permanecerán en su cargo hasta su sustitución.

6. Los miembros del Tribunal de Cuentas sólo podrán ser relevados de sus funciones o privados de su derecho a la pensión o de cualquier otro beneficio sustitutivo si el Tribunal



de Justicia, a instancia del Tribunal de Cuentas, declarare que dejan de reunir las condiciones requeridas o de cumplir las obligaciones que dimanen de su cargo.

7. El Consejo fijará las condiciones de empleo y, en particular, los sueldos, dietas y pensiones del Presidente y de los miembros del Tribunal de Cuentas. Fijará también cualesquiera otros emolumentos de carácter retributivo.

8. Las disposiciones del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea aplicables a los jueces del Tribunal de Justicia de la Unión Europea serán igualmente aplicables a los miembros del Tribunal de Cuentas.

#### Artículo 287 (antiguo artículo 248 TCE)

1. El Tribunal de Cuentas examinará las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de la Unión. Examinará también las cuentas de la totalidad de los ingresos y gastos de cualquier órgano u organismo creado por la Unión en la medida en que el acto constitutivo de dicho órgano u organismo no excluya dicho examen.

El Tribunal de Cuentas presentará al Parlamento Europeo y al Consejo una declaración sobre la fiabilidad de las cuentas y la regularidad y legalidad de las operaciones correspondientes que será publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*. Dicha declaración podrá completarse con observaciones específicas sobre cada uno de los ámbitos principales de la actividad de la Unión.

2. El Tribunal de Cuentas examinará la legalidad y regularidad de los ingresos y gastos y garantizará una buena gestión financiera. Al hacerlo, informará, en particular, de cualquier caso de irregularidad.

El control de los ingresos se efectuará sobre la base de las liquidaciones y de las cantidades entregadas a la Unión.

El control de los gastos se efectuará sobre la base de los compromisos asumidos y los pagos realizados.

Ambos controles podrán efectuarse antes del cierre de las cuentas del ejercicio presupuestario considerado.

3. El control se llevará a cabo sobre la documentación contable y, en caso necesario, en las dependencias correspondientes de las otras instituciones de la Unión, en las dependencias de cualquier órgano u organismo que gestione ingresos o gastos en nombre de la Unión y en los Estados miembros, incluidas las dependencias de cualquier persona física o jurídica que perciba fondos del presupuesto. En los Estados miembros, el control se efectuará en colaboración con las instituciones nacionales de control o, si éstas no poseen las competencias necesarias, con los servicios nacionales competentes. El Tribunal de Cuentas y las instituciones nacionales de control de los Estados miembros cooperarán con espíritu de confianza y manteniendo su independencia. Tales instituciones o servicios comunicarán al Tribunal de Cuentas si tienen la intención de participar en el mencionado control.

Las otras instituciones de la Unión, cualquier órgano u organismo que gestione ingresos o gastos en nombre de la Unión, cualquier persona física o jurídica que perciba fondos del presupuesto y las instituciones nacionales de control o, si éstas no poseen las competencias necesarias, los servicios nacionales competentes, comunicarán al Tribunal de Cuentas, a instancia de éste, cualquier documento o información necesarios para el cumplimiento de su misión.

Respecto a la actividad del Banco Europeo de Inversiones en la gestión de los ingresos y gastos de la Unión, el derecho de acceso del Tribunal a las informaciones que posee el Banco se regirá por un acuerdo celebrado entre el Tribunal, el Banco y la Comisión. En ausencia de dicho acuerdo, el Tribunal tendrá, no obstante, acceso a las informaciones necesarias para el control de los ingresos y gastos de la Unión gestionados por el Banco.

4. El Tribunal de Cuentas elaborará, después del cierre de cada ejercicio, un informe anual. Dicho informe será transmitido a las instituciones de la Unión y publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, acompañado de las respuestas de estas instituciones a las observaciones del Tribunal de Cuentas.

El Tribunal de Cuentas podrá, además, presentar en cualquier momento sus observaciones, que podrán consistir en informes especiales, sobre cuestiones particulares y emitir dictámenes, a instancia de una de las demás instituciones de la Unión.

El Tribunal de Cuentas aprobará sus informes anuales, informes especiales o dictámenes por mayoría de los miembros que lo componen. No obstante, podrá crear en su seno salas para aprobar determinadas categorías de informes o de dictámenes en las condiciones previstas por su reglamento interno.

El Tribunal de Cuentas asistirá al Parlamento Europeo y al Consejo en el ejercicio de su función de control de la ejecución del presupuesto.

El Tribunal de Cuentas elaborará su reglamento interno. Dicho reglamento requerirá la aprobación del Consejo.>>

**JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ**

LIC. EN CC. POLÍTICAS Y DE LA ADM.

(ESPECIALIDAD *RELACIONES INTERNACIONALES*).

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DERECHO

**REVISADO POR ISABEL TORRALBA**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.

## **TEMA 5.**

**LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA.  
EL MARCO DE ATRIBUCIONES CONCEDIDAS  
POR LOS TRATADOS. EL DESARROLLO DE LAS  
COMPETENCIAS DE LA UNIÓN. LAS  
RELACIONES ENTRE LAS COMPETENCIAS DE LA  
UNIÓN Y LAS COMPETENCIAS NACIONALES.  
PARTICIPACIÓN DE LOS ENTES  
TERRITORIALES NO ESTATALES EN EL  
PROCESO DECISORIO.**

## **TEMA 5. LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA. EL MARCO DE ATRIBUCIONES CONCEDIDAS POR LOS TRATADOS. EL DESARROLLO DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN. LAS RELACIONES ENTRE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN Y LAS COMPETENCIAS NACIONALES. PARTICIPACIÓN DE LOS ENTES TERRITORIALES NO ESTATALES EN EL PROCESO DECISORIO.**

### **1. LAS COMPETENCIAS DE LA UNION EUROPEA.**

Desde un punto de vista material, la Unión Europea sólo puede actuar allí donde sus Estados le han autorizado a hacerlo, al poner en común una serie de ámbitos competenciales, comunitarizados en mayor o menor grado.

En la Parte Tercera del TFUE se concretan las políticas y acciones internas de la Unión, a saber:

\* Título I: Mercado interior.

\* Título II: Libre circulación de mercancías.

- Capítulo 1: Unión aduanera
- Capítulo 2: Cooperación aduanera
- Capítulo 3: Prohibición de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros

\* Título III: Agricultura y pesca.

\* Título IV: Libre circulación de personas, servicios y capitales.

- Capítulo 1: Trabajadores
- Capítulo 2: Derecho de establecimiento
- Capítulo 3: Servicios
- Capítulo 4: Capital y pagos

\* Título V: Espacio de libertad, seguridad y justicia.

- Capítulo 1: Disposiciones generales
- Capítulo 2: Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración
- Capítulo 3: Cooperación judicial en materia civil
- Capítulo 4: Cooperación judicial en materia penal
- Capítulo 5: Cooperación policial

\* Título VI: Transportes.

\* Título VII: Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones.

- Capítulo 1: Normas sobre competencia

Sección primera: Disposiciones aplicables a las empresas

Sección segunda: Ayudas otorgadas por los Estados

- Capítulo 2: Disposiciones fiscales
- Capítulo 3: Aproximación de las legislaciones

\* Título VIII: Política económica y monetaria.

- Capítulo 1: Política económica
- Capítulo 2: Política monetaria
- Capítulo 3: Disposiciones institucionales
- Capítulo 4: Disposiciones específicas para los Estados miembros cuya moneda es el euro
- Capítulo 5: Disposiciones transitorias

\* Título IX: Empleo.

\* Título X: Política social.

- \* Título XI: El Fondo Social Europeo.
- \* Título XII: Educación, formación profesional, juventud y deporte.
- \* Título XIII: Cultura.
- \* Título XIV: Salud pública.
- \* Título XV: Protección de los consumidores.
- \* Título XVI: Redes transeuropeas.
- \* Título XVII: Industria.
- \* Título XVIII: Cohesión económica, social y territorial.
- \* Título XIX: Investigación y desarrollo tecnológico y espacio.
- \* Título XX: Medio ambiente.
- \* Título XXI: Energía.
- \* Título XXII: Turismo
- \* Título XXIII: Protección civil.
- \* Título XXIV: Cooperación administrativa.

Por añadidura, en la Parte Cuarta del TFUE se posibilita que la Unión pueda ocuparse de la asociación de los países y territorios de ultramar.

Ya en la Parte Quinta del TFUE se residencia la acción exterior de la Unión, que se desglosa de la siguiente manera:

- + Título I: Disposiciones generales relativas a la acción exterior de la Unión.
- + Título II: Política comercial común.
- + Título III: Cooperación con terceros países y ayuda humanitaria.

# Capítulo 1: Cooperación para el desarrollo.

# Capítulo 2: Cooperación económica, financiera y técnica con terceros países.

# Capítulo 3: Ayuda humanitaria.

+ Título IV: Medidas restrictivas.

+ Título V: Acuerdos internacionales.

+ Título VI: Relaciones de la Unión con las organizaciones internacionales y con terceros países y delegaciones de la Unión.

+ Título VII: Cláusula de solidaridad.

A la postre, es en este contexto en el que han de ser valoradas las competencias de la Unión.

## **2. EL MARCO DE ATRIBUCIONES CONCEDIDAS POR LOS TRATADOS.**

La Unión ejerce las competencias que le atribuyen los Estados miembros. Este principio ya queda sentado en el artículo 1 del TUE consolidado *post* Tratado de Lisboa:

<<Artículo 1 (antiguo artículo 1 TUE)

Por el presente Tratado, las ALTAS PARTES CONTRATANTES constituyen entre sí una UNIÓN EUROPEA, en lo sucesivo denominada «Unión», a la que los Estados miembros atribuyen competencias para alcanzar sus objetivos comunes.>>

Por consiguiente, las competencias de la Unión le son atribuidas por sus Estados miembros con una fundamentación y unos objetivos detallados en los artículos 2 y 3 del TUE:

<<Artículo 2

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.



### Artículo 3 (antiguo artículo 2 TUE)

1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.
2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.
3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo.

4. La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro.
5. En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

6. La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados.>>

La consecución de esos objetivos no legitima pues una actuación *ultra vires* de la Unión, que queda limitada a las competencias que le han sido atribuidas por sus Estados. Para subrayar esta circunstancia, el TUE especifica en sus artículos 4 y 5:

#### <<Artículo 4

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 5, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

2. La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.

3. Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.

#### Artículo 5 (antiguo artículo 5 TCE)

1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.>>

### **3. EL DESARROLLO DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN.**

Para comprender cómo evolucionarán en su desarrollo normativo las diversas competencias comunitarias, conviene tener presente el Título I de la Parte primera del TFUE *post* Tratado de Lisboa (categorías y ámbitos de competencias de la Unión), donde se detalla:

#### **<< Artículo 2**

1. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión.

2. Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, la Unión y los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los Estados miembros ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya.

3. Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas y de empleo según las modalidades establecidas en el presente Tratado, para cuya definición la Unión dispondrá de competencia.

4. La Unión dispondrá de competencia, de conformidad con lo dispuesto en el Tratado de la Unión Europea, para definir y aplicar una política exterior y de seguridad común, incluida la definición progresiva de una política común de defensa.

5. En determinados ámbitos y en las condiciones establecidas en los Tratados, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros, sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos.

Los actos jurídicamente vinculantes de la Unión adoptados en virtud de las disposiciones de los Tratados relativas a esos ámbitos no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

6. El alcance y las condiciones de ejercicio de las competencias de la Unión se determinarán en las disposiciones de los Tratados relativas a cada ámbito.

### Artículo 3

1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes:

a) la unión aduanera;

b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior;

- c) la política monetaria de los Estados miembros cuya moneda es el euro;
- d) la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de la política pesquera común;
- e) la política comercial común.

2. La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

#### Artículo 4

1. La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6.

2. Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

- a) el mercado interior;
- b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado;
- c) la cohesión económica, social y territorial;
- d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos;
- e) el medio ambiente;
- f) la protección de los consumidores;
- g) los transportes;
- h) las redes transeuropeas;
- i) la energía;

j) el espacio de libertad, seguridad y justicia;

k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado.

3. En los ámbitos de la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones, en particular destinadas a definir y realizar programas, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya.

4. En los ámbitos de la cooperación para el desarrollo y de la ayuda humanitaria, la Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones y una política común, sin que el ejercicio de esta competencia pueda tener por efecto impedir a los Estados miembros ejercer la suya.

## Artículo 5

1. Los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión. Con este fin, el Consejo adoptará medidas, en particular las orientaciones generales de dichas políticas.

Se aplicarán disposiciones particulares a los Estados miembros cuya moneda es el euro.

2. La Unión tomará medidas para garantizar la coordinación de las políticas de empleo de los Estados miembros, en particular definiendo las orientaciones de dichas políticas.

3. La Unión podrá tomar iniciativas para garantizar la coordinación de las políticas sociales de los Estados miembros.

## Artículo 6

La Unión dispondrá de competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. Los ámbitos de estas acciones serán, en su finalidad europea:

a) la protección y mejora de la salud humana;

- b) la industria;
- c) la cultura;
- d) el turismo;
- e) la educación, la formación profesional, la juventud y el deporte;
- f) la protección civil;
- g) la cooperación administrativa.>>

Y, en conjunto, ya como disposición de aplicación general, en el subsiguiente Título II (artículo 7 TFUE), se prevé que <<La Unión velará por la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos y observando el principio de atribución de competencias.>>

Por lo demás conviene recordar por añadidura los siguientes preceptos del TFUE relacionados con la materia objeto de estudio:

<< Artículo 291

1. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas de Derecho interno necesarias para la ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión.
2. Cuando se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión o, en casos específicos debidamente justificados y en los previstos en los artículos 24 y 26 del Tratado de la Unión Europea, al Consejo.
3. A efectos del apartado 2, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán previamente, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas y principios generales relativos a las modalidades de control, por parte de los Estados miembros, del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.
4. En el título de los actos de ejecución figurará la expresión «de ejecución».>>

<< Artículo 352 (antiguo artículo 308 TCE)

1. Cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo. Cuando el Consejo adopte dichas disposiciones con arreglo a un procedimiento legislativo especial, se pronunciará también por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.
2. La Comisión, en el marco del procedimiento de control del principio de subsidiariedad mencionado en el apartado 3 del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, indicará a los Parlamentos nacionales las propuestas que se basen en el presente artículo.
3. Las medidas basadas en el presente artículo no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros cuando los Tratados excluyan dicha armonización.
4. El presente artículo no podrá servir de base para alcanzar objetivos del ámbito de la política exterior y de seguridad común y todo acto adoptado de conformidad con el presente artículo respetará los límites fijados en el párrafo segundo del artículo 40 del Tratado de la Unión Europea.>>

#### **4. LAS RELACIONES ENTRE LAS COMPETENCIAS DE LA UNION Y LAS COMPETENCIAS NACIONALES.**

A tenor de los artículos 4 y 5 del TUE, el Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad detalla las pautas para integrar la competencia comunitaria con la nacional:

<<LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES,

DESEANDO hacer lo necesario para que las decisiones se tomen lo más cerca posible de los ciudadanos de la Unión;

DECIDIDAS a establecer las condiciones para la aplicación de los principios de



subsidiariedad y proporcionalidad enunciados en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, así como a establecer un sistema de control de la aplicación de dichos principios, HAN CONVENIDO en las siguientes disposiciones, que se incorporarán como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

#### *Artículo 1*

Cada institución deberá velar de manera permanente por el respeto de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad definidos en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea.

#### *Artículo 2*

Antes de proponer un acto legislativo, la Comisión procederá a amplias consultas. Estas consultas deberán tener en cuenta, cuando proceda, la dimensión regional y local de las acciones previstas. En casos de urgencia excepcional, la Comisión no procederá a estas consultas. Motivará su decisión en su propuesta.

#### *Artículo 3*

A los efectos del presente Protocolo, se entenderá por «proyecto de acto legislativo» las propuestas de la Comisión, las iniciativas de un grupo de Estados miembros, las iniciativas del Parlamento Europeo, las peticiones del Tribunal de Justicia, las recomendaciones del Banco Central Europeo y las peticiones del Banco Europeo de Inversiones, destinadas a la adopción de un acto legislativo.

#### *Artículo 4*

La Comisión transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales al mismo tiempo que al legislador de la Unión.

El Parlamento Europeo transmitirá sus proyectos de actos legislativos, así como sus proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales.

El Consejo transmitirá los proyectos de actos legislativos que tengan su origen en un grupo de Estados miembros, en el Tribunal de Justicia, en el Banco Central Europeo o en

el Banco Europeo de Inversiones, así como los proyectos modificados, a los Parlamentos nacionales.

El Parlamento Europeo transmitirá sus resoluciones legislativas y el Consejo sus posiciones a los Parlamentos nacionales inmediatamente después de su adopción.

#### *Artículo 5*

Los proyectos de actos legislativos se motivarán en relación con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Todo proyecto de acto legislativo debería incluir una ficha con pormenores que permitan evaluar el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Esta ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. Las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y, cuando sea posible, cuantitativos. Los proyectos de actos legislativos tendrán debidamente en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desea alcanzar.

#### *Artículo 6*

Todo Parlamento nacional o toda cámara de uno de estos Parlamentos podrá, en un plazo de ocho semanas a partir de la fecha de transmisión de un proyecto de acto legislativo en las lenguas oficiales de la Unión, dirigir a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión un dictamen motivado que exponga las razones por las que considera que el proyecto no se ajusta al principio de subsidiariedad. Incumbirá a cada Parlamento nacional o a cada cámara de un Parlamento nacional consultar, cuando proceda, a los Parlamentos regionales que posean competencias legislativas.

Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en un grupo de Estados miembros, el Presidente del Consejo transmitirá el dictamen a los Gobiernos de esos Estados miembros.

Si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, el Presidente del Consejo transmitirá el dictamen a la institución u órgano de que se trate.

### *Artículo 7*

1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, así como, en su caso, el grupo de Estados miembros, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos, tendrán en cuenta los dictámenes motivados dirigidos por los Parlamentos nacionales o cualquiera de las cámaras de un Parlamento nacional.

Cada Parlamento nacional dispondrá de dos votos, repartidos en función del sistema parlamentario nacional. En un sistema parlamentario nacional bicameral, cada una de las dos cámaras dispondrá de un voto.

2. Cuando los dictámenes motivados que indiquen que un proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, el proyecto deberá volverse a estudiar. Este umbral se reducirá a un cuarto cuando se trate de un proyecto de acto legislativo presentado sobre la base del artículo 76 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia.

Tras este nuevo estudio, la Comisión o, en su caso, el grupo de Estados miembros, el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia, el Banco Central Europeo o el Banco Europeo de Inversiones, si el proyecto de acto legislativo tiene su origen en ellos, podrá decidir mantener el proyecto, modificarlo o retirarlo. Esta decisión deberá motivarse.

3. Además, en el marco del procedimiento legislativo ordinario, cuando los dictámenes motivados que indiquen que una propuesta de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales de conformidad con el párrafo segundo del apartado 1, la propuesta deberá volverse a estudiar. Tras este nuevo estudio, la Comisión podrá decidir

mantener, modificar, o retirar la propuesta.

Si decide mantenerla, la Comisión deberá justificar, mediante dictamen motivado, por qué considera que la propuesta de que se trate respeta el principio de subsidiariedad. Dicho dictamen motivado, así como los de los Parlamentos nacionales, deberán ser transmitidos al legislador de la Unión, para que los tenga en cuenta en el procedimiento:

a) antes de que concluya la primera lectura, el legislador (Parlamento Europeo y Consejo) estudiará la compatibilidad de la propuesta legislativa con el principio de subsidiariedad, atendiendo de forma particular a las motivaciones presentadas y compartidas por la mayoría de los Parlamentos nacionales y al dictamen motivado de la Comisión;

b) si, por mayoría del 55 % de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo, el legislador considera que la propuesta no es compatible con el principio de subsidiariedad, se desestimaré la propuesta legislativa.

### *Artículo 8*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo.

De conformidad con los procedimientos establecidos en dicho artículo, el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta.

### *Artículo 9*

La Comisión presentará al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Parlamentos nacionales un informe anual sobre la aplicación del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. Este informe anual deberá remitirse asimismo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.>>

Este Protocolo nº 2 debe pues ser integrado con el Protocolo nº 1 sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea, así como por el Protocolo nº 25 sobre el ejercicio de las competencias compartidas, que establece en su artículo único:

<<Con referencia al apartado 2 del artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativo a las competencias compartidas, cuando la Unión haya tomado medidas en un ámbito determinado, el alcance de este ejercicio de competencia sólo abarcará los elementos regidos por el acto de la Unión de que se trate y, por lo tanto, no incluirá todo el ámbito en cuestión.>>

Por su parte, con carácter hermenéutico, la Declaración nº 18, relativa a las correspondientes disposiciones de los Tratados, reza:

<<18. Declaración relativa a la delimitación de las competencias.

La Conferencia subraya que, de conformidad con el sistema de reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros previsto en el Tratado de la Unión Europea y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las competencias que los Tratados no hayan atribuido a la Unión serán de los Estados miembros.

Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados miembros en un ámbito determinado, los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla. Esta última situación se plantea cuando las instituciones competentes de la Unión deciden derogar un acto legislativo, en particular para garantizar mejor el respeto constante de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El Consejo, a iniciativa de uno o varios de sus miembros (representantes de los Estados miembros) y de conformidad con el artículo 241 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, podrá pedir a la Comisión que presente propuestas de derogación de un acto legislativo. La Conferencia se congratula de que la Comisión declare que concederá una atención especial a dichas solicitudes.

De igual modo, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en una Conferencia intergubernamental, podrán decidir con arreglo al procedimiento de revisión ordinario previsto en los apartados 2 a 5 del artículo 48 del Tratado de la Unión

Europea, modificar los Tratados en los que se fundamenta la Unión, incluso para aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en dichos Tratados.>>

Una particularidad en la integración de la competencia comunitaria con la nacional la marca el mecanismo de las cooperaciones reforzadas previsto en el Título IV del TUE:

<< Artículo 20 (antiguos artículos 27 A a 27 E, 40 a 40 B y 43 a 45 TUE y antiguos artículos 11 y 11 A TCE)

1. Los Estados miembros que deseen instaurar entre sí una cooperación reforzada en el marco de las competencias no exclusivas de la Unión podrán hacer uso de las instituciones de ésta y ejercer dichas competencias aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados, dentro de los límites y con arreglo a las modalidades contempladas en el presente artículo y en los artículos 326 a 334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La finalidad de las cooperaciones reforzadas será impulsar los objetivos de la Unión, proteger sus intereses y reforzar su proceso de integración. Las cooperaciones reforzadas estarán abiertas permanentemente a todos los Estados miembros, de conformidad con el artículo 328 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

2. La decisión de autorizar una cooperación reforzada será adoptada por el Consejo como último recurso, cuando haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto, y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros. El Consejo se pronunciará con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 329 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3. Todos los miembros del Consejo podrán participar en sus deliberaciones, pero únicamente participarán en la votación los miembros del Consejo que representen a los Estados miembros que participan en una cooperación reforzada. Las modalidades de la votación se establecen en el artículo 330 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los actos adoptados en el marco de una cooperación reforzada vincularán únicamente a

los Estados miembros participantes. Dichos actos no se considerarán acervo que deban aceptar los Estados candidatos a la adhesión a la Unión.>>

Además, debe recordarse que al ser las competencias de la Unión competencias atribuidas por sus Estados, cabe la posibilidad de una revisión de las mismas, no sólo ampliándolas, sino incluso reduciéndolas. En efecto, el artículo 48 TUE así lo prevé:

<< Artículo 48 (antiguo artículo 48 TUE)

1. Los Tratados podrán modificarse con arreglo a un procedimiento de revisión ordinario. También podrán modificarse con arreglo a procedimientos de revisión simplificados.

Procedimiento de revisión ordinario

2. El Gobierno de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión podrán presentar al Consejo proyectos de revisión de los Tratados. Estos proyectos podrán tener por finalidad, entre otras cosas, la de aumentar o reducir las competencias atribuidas a la Unión en los Tratados. El Consejo remitirá dichos proyectos al Consejo Europeo y los notificará a los Parlamentos nacionales.

(...)

Procedimientos de revisión simplificados

6. El Gobierno de cualquier Estado miembro, el Parlamento Europeo o la Comisión podrán presentar al Consejo Europeo proyectos de revisión de la totalidad o parte de las disposiciones de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, relativas a las políticas y acciones internas de la Unión.

El Consejo Europeo podrá adoptar una decisión que modifique la totalidad o parte de las disposiciones de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión, así como al Banco Central Europeo en el caso de modificaciones institucionales en el ámbito monetario. Dicha decisión sólo entrará en vigor una vez que haya sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales.

La decisión contemplada en el párrafo segundo no podrá aumentar las competencias atribuidas a la Unión por los Tratados.>>

## **5. PARTICIPACION DE LOS ENTES TERRITORIALES NO ESTATALES EN EL PROCESO DECISORIO.**

Especialmente desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, los entes territoriales subestatales han ganado protagonismo en la formación de la colectiva voluntad comunitaria. Hoy, los artículos 300 y 305-307 TFUE recogen la realidad de su participación institucionalizada a través del Comité de las Regiones (CdR). Lo relevante es ahora concretar las áreas en las que el TFUE determina que las instituciones de la Unión han de contar con el parecer del CdR, de manera singular:

<< Artículo 90 (antiguo artículo 70 TCE)

Los objetivos de los Tratados se perseguirán, en la materia regulada por el presente título, en el marco de una política común de transportes.

Artículo 91 (antiguo artículo 71 TCE)

1. Para la aplicación del artículo 90, y teniendo en cuenta las peculiaridades del sector de los transportes, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, ...>>

<< Artículo 100 (antiguo artículo 80 TCE)

1. Las disposiciones del presente título se aplicarán a los transportes por ferrocarril, carretera o vías navegables.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea. Se pronunciarán previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.>>

<< Artículo 148 (antiguo artículo 128 TCE)

1. El Consejo Europeo examinará anualmente la situación del empleo en la Unión y



adoptará conclusiones al respecto, basándose en un informe conjunto anual elaborado por el Consejo y la Comisión.

2. Basándose en las conclusiones del Consejo Europeo, el Consejo, a propuesta de la Comisión, previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones y al Comité de Empleo previsto en el artículo 150, elaborará anualmente orientaciones que los Estados miembros tendrán en cuenta en sus respectivas políticas de empleo. Dichas orientaciones serán compatibles con las orientaciones generales adoptadas con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 121.>>

<< Artículo 149 (antiguo artículo 129 TCE)

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar medidas de fomento para alentar la cooperación entre los Estados miembros y apoyar la actuación de estos últimos en el ámbito del empleo, a través de iniciativas destinadas a desarrollar los intercambios de información y buenas prácticas, facilitar análisis comparativos y asesoramiento, así como promover planteamientos innovadores y evaluar experiencias, en particular recurriendo a proyectos piloto.>>

<< Artículo 151 (antiguo artículo 136 TCE)

La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. (...)

Artículo 153 (antiguo artículo 137 TCE)

1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

2. (...) El Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.>>

<< Artículo 164 (antiguo artículo 148 TCE)

El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, los reglamentos de aplicación relativos al Fondo Social Europeo.>>

<< Artículo 165 (antiguo artículo 149 TCE)

1. La Unión contribuirá al desarrollo de una educación de calidad fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, apoyando y completando la acción de éstos en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística.

La Unión contribuirá a fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa. (...)

4. Para contribuir a la realización de los objetivos contemplados en el presente artículo:

— el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptarán medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros,>>

<< Artículo 166 (antiguo artículo 150 TCE)

1. La Unión desarrollará una política de formación profesional que refuerce y complete las acciones de los Estados miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación.

(...)

4. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptarán medidas para contribuir a la realización de los objetivos establecidos en el presente artículo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, y el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, recomendaciones.>>

<< Artículo 167 (antiguo artículo 151 TCE)

1. La Unión contribuirá al florecimiento de las culturas de los Estados miembros, dentro del respeto de su diversidad nacional y regional, poniendo de relieve al mismo tiempo el patrimonio cultural común.

(...)

5. Para contribuir a la consecución de los objetivos del presente artículo:

— el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité de las Regiones, adoptarán medidas de fomento, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, (...) >>

<<Artículo 168 (antiguo artículo 152 TCE)

1. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

(...)

4. No obstante lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 2 y en la letra a) del artículo 6, y de conformidad con la letra k) del apartado 2 del artículo 4, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, contribuirán a la consecución de los objetivos del presente artículo adoptando, para hacer frente a los problemas comunes de seguridad:

(...)

5. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas, medidas relativas a la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, a la alerta en caso de tales amenazas y a la lucha contra las mismas, así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.>>

<< Artículo 170 (antiguo artículo 154 TCE)

1. A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 26 y 174 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Unión contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.

(...)

Artículo 171 (antiguo artículo 151 TCE)

1. A fin de alcanzar los objetivos mencionados en el artículo 170, la Unión:

(...)

Artículo 172 (antiguo artículo 156 TCE)

El Parlamento Europeo y el Consejo, previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptarán con arreglo al procedimiento legislativo ordinario las orientaciones y las restantes medidas previstas en el apartado 1 del artículo 171.>>

<< Artículo 175 (antiguo artículo 159 TCE)

Los Estados miembros conducirán su política económica y la coordinarán con miras a alcanzar también los objetivos enunciados en el artículo 174. Al formular y desarrollar las políticas y acciones de la Unión y al desarrollar el mercado interior, se tendrán en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 174, participando en su consecución. La Unión apoyará asimismo dicha consecución a través de la actuación que realiza mediante los fondos con finalidad estructural (Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección «Orientación»; Fondo Social Europeo; Fondo Europeo de Desarrollo Regional), el Banco Europeo de Inversiones y los otros instrumentos financieros existentes.

Cada tres años, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre los avances realizados en la consecución de la cohesión económica, social y territorial y sobre la forma en que los distintos medios establecidos en el presente artículo hayan contribuido a ellos. En caso necesario, dicho informe deberá ir acompañado de propuestas adecuadas.

Si se manifestare la necesidad de acciones específicas al margen de los fondos y sin perjuicio de las medidas decididas en el marco de las demás políticas de la Unión, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar dichas acciones con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.>>

<< Artículo 177 (antiguo artículo 161 TCE)

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 178, el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, y tras consultar al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, determinarán las funciones, los objetivos prioritarios y la organización de los fondos con finalidad estructural, lo que podrá suponer la agrupación de los fondos. Mediante el mismo procedimiento, se determinarán asimismo las normas generales aplicables a los fondos, así como las disposiciones necesarias para garantizar su eficacia y la coordinación de los fondos entre sí y con los demás instrumentos financieros existentes.>>

<< Artículo 178 (antiguo artículo 162 TCE)

Los reglamentos de aplicación relativos al Fondo Europeo de Desarrollo Regional serán tomados por el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.>>

<< Artículo 191 antiguo artículo 174 TCE)

1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:

- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
- la protección de la salud de las personas,
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales,
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático. (...)

Artículo 192 (antiguo artículo 175 TCE)

1. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, decidirán las acciones que deba emprender la Unión para la realización de los objetivos fijados en el artículo 191.

2. No obstante el procedimiento de toma de decisiones contemplado en el apartado 1, y sin perjuicio del artículo 114, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptará:

a) disposiciones esencialmente de carácter fiscal;

b) las medidas que afecten a:

- la ordenación territorial;

— la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos;

— la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos;

c) las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado (...) >>

<< Artículo 194

1. En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros:

(...)

2. Sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones de los Tratados, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las medidas necesarias para alcanzar los objetivos mencionados en el apartado 1. Dichas medidas se adoptarán previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.>>

<< Artículo 263 (antiguo artículo 230 TCE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente en las mismas condiciones

para pronunciarse sobre los recursos interpuestos por el Tribunal de Cuentas, por el Banco Central Europeo y por el Comité de las Regiones con el fin de salvaguardar prerrogativas de éstos. (...)>>

Por último, es reseñable que en el Protocolo nº 2 del Tratado, sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, se contempla:

#### <<Artículo 8

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad, por parte de un acto legislativo, interpuestos con arreglo a los procedimientos establecidos en el artículo 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por un Estado miembro, o transmitidos por éste de conformidad con su ordenamiento jurídico en nombre de su Parlamento nacional o de una cámara del mismo.

De conformidad con los procedimientos establecidos en dicho artículo, el Comité de las Regiones también podrá interponer recursos contra actos legislativos para cuya adopción el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea requiera su consulta.

#### Artículo 9

La Comisión presentará al Consejo Europeo, al Parlamento Europeo, al Consejo y a los Parlamentos nacionales un informe anual sobre la aplicación del artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. Este informe anual deberá remitirse asimismo al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.>>

**JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ**

LIC. EN CC. POLÍTICAS Y DE LA ADM.

(ESPECIALIDAD *RELACIONES INTERNACIONALES*).

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DERECHO



**REVISADO POR ISABEL TORRALBA**

LETRADA DA XUNTA DE GALICIA

**BIBLIOGRAFÍA:**

- Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.

## **TEMA 6**

**LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y POLÍTICA SOCIAL. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS.**

## **TEMA 6. LA CIUDADANÍA DE LA UNIÓN EUROPEA. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y POLÍTICA SOCIAL. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES.**

### **1. LA CIUDADANÍA EUROPEA.**

Consagrada por los Tratados (artículo 20 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea y artículo 9 del Tratado de la Unión Europea), la ciudadanía europea constituye la base de la formación de la identidad europea. Esta ciudadanía se diferencia de la ciudadanía de los Estados miembros, a la que complementa, fundamentalmente en que los derechos que confiere a los ciudadanos no vienen acompañados de obligaciones.

**La ciudadanía europea viene regulada en los** artículos 9 a 12 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y artículos 18 a 25 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Inspirada en la libre circulación de personas prevista en el marco de los Tratados, ya en los años sesenta surgió la idea de crear una ciudadanía europea asociada a derechos y deberes precisos. Tras la labor preparatoria realizada desde mediados de los años setenta, el Tratado de la Unión Europea, adoptado en Maastricht en 1992, estableció como uno de los objetivos de la Unión «reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión». Una nueva parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (antiguos artículos 17 a 22) se dedicó a esta ciudadanía.

Tomando como ejemplo el concepto de ciudadanía nacional, la ciudadanía de la Unión Europea se caracteriza por un vínculo entre el ciudadano y la Unión definido por derechos, obligaciones y la participación de los ciudadanos en la vida política. De esta forma se consigue eliminar la discrepancia que se deriva del hecho de que los ciudadanos de la Unión se ven cada vez más afectados por medidas europeas en tanto que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, así como la participación en los procesos democráticos, se concentran casi exclusivamente en el plano nacional. Se trata de lograr que los ciudadanos se identifiquen más con la Unión Europea y que desarrollen una opinión pública, una conciencia política y una identidad europeas.

Es necesario, asimismo, reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los Estados miembros/ciudadanos de la UE en las relaciones de la Unión con el resto del mundo (artículo 3 del TUE).

#### **a. Definición de la ciudadanía de la Unión**

De conformidad con el artículo 9 del TUE y el artículo 20 del TFUE, será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro, la cual se deriva de la aplicación de las disposiciones nacionales de dicho Estado. La ciudadanía de la Unión complementa la ciudadanía nacional sin sustituirla, y está constituida por un conjunto de derechos y deberes que vienen a sumarse a los derechos y deberes vinculados a la ciudadanía de un Estado miembro.

#### **b. Contenido de la ciudadanía (artículo 20 del TFUE)**

La noción de ciudadanía de la Unión supone para todos los ciudadanos de la Unión:

- — El derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (artículo 21 del TFUE) (2.1.3).
- — El derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales (artículo 22, apartado 1, del TFUE) del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (acerca de las normas relativas a la participación en las elecciones municipales y en las elecciones al Parlamento Europeo, véanse respectivamente la Directiva 94/80/CE, de 19 de diciembre de 1994, y la Directiva 93/109/CE, de 6 de diciembre de 1993) (1.3.4).
- — El derecho a acogerse, en el territorio de un tercer país (Estado no perteneciente a la Unión Europea) en el que no está representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.
- — El derecho a formular peticiones al Parlamento Europeo (artículo 24, párrafo segundo, del TFUE) y a dirigirse al Defensor del Pueblo Europeo (artículo 24, párrafo tercero, del TFUE) designado por el Parlamento Europeo y facultado para

tratar las reclamaciones relativas a casos de mala administración en la acción de las instituciones y órganos de la Unión; dichos procedimientos se rigen con arreglo a lo dispuesto en los artículos 227 y 228 del TFUE, respectivamente (1.3.16 y 2.1.4).

- — El derecho a dirigirse por escrito a cualquiera de las instituciones u organismos de la Unión en una de las lenguas de los Estados miembros y a recibir una contestación en esa misma lengua (artículo 24, párrafo cuarto, del TFUE).
- — El derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, con arreglo a determinadas condiciones (artículo 15, apartado 3, del TFUE).

### **c. Ámbito de aplicación**

Hasta la fecha, el contenido de la ciudadanía de la Unión, a excepción de los derechos electorales, no es esencialmente sino una sistematización de derechos ya reconocidos (en particular, la libre circulación, el derecho de residencia y el derecho de petición), aunque, ahora, estos derechos figuran, en nombre de un proyecto político, en el derecho primario.

A diferencia de la orientación constitucionalista al uso en los Estados europeos desde la adopción en Francia, en 1789, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la ciudadanía de la Unión no va acompañada de la garantía de los derechos fundamentales. El artículo 6 del TUE, en su versión modificada por el Tratado de Lisboa, reconoce los derechos enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y dispone que la Unión se adherirá al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de la libertades fundamentales, pero no precisa el estatuto jurídico de la ciudadanía de la Unión (sobre los derechos fundamentales de la Unión, 1.1.6).

Hasta el momento, la ciudadanía de la Unión no impone, pese a la fórmula que figura en el artículo 20, apartado 2, del TFUE, deberes a los ciudadanos de la Unión, lo que supone una diferencia fundamental respecto de la ciudadanía nacional.

### **d. Iniciativa ciudadana europea (2.1.5)**

El antiguo artículo 22, párrafo segundo, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea ya ofrecía perspectivas para el desarrollo progresivo de la ciudadanía de la Unión y la mejora del estatuto jurídico, a escala europea, de los ciudadanos de la Unión. El Tratado

de funcionamiento de la Unión Europea, en su versión modificada por el Tratado de Lisboa, conserva las mismas disposiciones (artículo 25 del TFUE) y el artículo 11, apartado 4, del TUE establece un nuevo derecho para los ciudadanos de la Unión, según el cual «un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados». Las condiciones de presentación y admisión de iniciativas ciudadanas de este tipo son objeto del Reglamento (UE) n.º 211/2011 del Parlamento y del Consejo sobre la **iniciativa ciudadana** (2.1.5). El texto votado establece principalmente:

- — Los firmantes de una iniciativa ciudadana han de proceder de, al menos, un cuarto de los Estados miembros y, para cada Estado miembro representado, se exige un número mínimo de firmantes correspondiente al número de diputados al Parlamento Europeo elegido en dicho Estado miembro multiplicado por 750.
- — Los organizadores deben ser, como mínimo, siete ciudadanos de la Unión, tener edad suficiente para poder votar en las elecciones al Parlamento Europeo y ser residentes en, al menos, siete Estados miembros diferentes; asimismo, el comité formado deberá designar a un representante y a un sustituto encargados de las relaciones con la Comisión Europea.
- — Para que una iniciativa ciudadana sea admisible se han de cumplir las siguientes condiciones: la constitución de un comité de ciudadanos y el nombramiento de personas de contacto; una propuesta que no esté manifiestamente fuera del ámbito de competencias de la Comisión para proponer un acto jurídico de la Unión, que no sea manifiestamente contraria a los valores de la Unión (véase el artículo 2 del TUE) y que no sea abusiva, frívola o temeraria.
- — La Comisión Europea deberá registrar toda iniciativa ciudadana que cumpla con los criterios de admisibilidad establecidos en un plazo de dos meses a partir de su recepción.

Se prevé que, tras la recepción de una iniciativa ciudadana, la Comisión la publique en su

sitio web, reciba a los organizadores para que expliquen las cuestiones que plantean y, en un plazo de tres meses, presente sus conclusiones de carácter jurídico y político.

A fin de facilitar y aclarar el procedimiento, el texto del reglamento incluye también un formulario de declaración de apoyo (con los datos requeridos para su verificación por los Estados miembros) y define los procedimientos y condiciones para la recogida de dichos formularios. Los organizadores deben cumplir con las obligaciones que garantizan la protección de los datos de carácter personal y serán también responsables de los posibles daños que causen con motivo de la organización de una iniciativa ciudadana y sancionados en caso de violación del reglamento.

## **2. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS Y LA POLÍTICA COMERCIAL COMÚN.**

La parte tercera del TFUE se inaugura con su referencia al mercado interior. Aquí quedan ya consagradas las cuatro libertades estrechamente vinculadas al mismo:

«Artículo 26 (antiguo artículo 14 del TCE)

1. La Unión adoptará las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados.
2. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados.
3. El Consejo, a propuesta de la Comisión, definirá las orientaciones y condiciones necesarias para asegurar un progreso equilibrado en el conjunto de los sectores considerados.

Artículo 27 (antiguo artículo 15 del TCE)

En el momento de formular sus propuestas encaminadas a la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 26, la Comisión tendrá en cuenta la importancia del esfuerzo que determinadas economías, que presenten un nivel de desarrollo diferente, tendrán que realizar para el establecimiento del mercado interior, y podrá proponer las disposiciones adecuadas.

Si dichas disposiciones adopten la forma de excepciones, deberán tener carácter temporal y perturbar lo menos posible el funcionamiento del mercado interior.»

Además, con la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se recoge en los tres primeros párrafos de su preámbulo:

«Los pueblos de Europa, al crear entre sí una unión cada vez más estrecha, han decidido compartir un porvenir pacífico basado en valores comunes.

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

La Unión contribuye a defender y fomentar estos valores comunes dentro del respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros y de la organización de sus poderes públicos a escala nacional, regional y local; trata de fomentar un desarrollo equilibrado y sostenible y garantiza la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, así como la libertad de establecimiento.»

Conviene recordar que la Carta de Derechos Fundamentales es un texto con plena validez jurídica, a tenor del artículo 6 del TUE post Tratado de Lisboa:

«Artículo 6 (antiguo artículo 6 del TUE)

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en



la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. (...) »

Es en este contexto en el que hay que ubicar por consiguiente la libre circulación de mercancías, la consustancial unión aduanera que esa libertad implica y el corolario de la existencia de una política comercial común. Sobre el primero de esos aspectos, el Título II de la parte tercera del TFUE dice en su inicio:

«Artículo 28 (antiguo artículo 23 del TCE)

1. La Unión comprenderá una unión aduanera, que abarcará la totalidad de los intercambios de mercancías y que implicará la prohibición, entre los Estados miembros, de los derechos de aduana de importación y exportación y de cualesquiera exacciones de efecto equivalente, así como la adopción de un arancel aduanero común en sus relaciones con terceros países.

2. Las disposiciones del artículo 30 y las del capítulo 3 del presente título se aplicarán a los productos originarios de los Estados miembros y a los productos procedentes de terceros países que se encuentren en libre práctica en los Estados miembros.

Artículo 29 (antiguo artículo 24 del TCE)

Se considerarán en libre práctica en un Estado miembro los productos procedentes de terceros países respecto de los cuales se hayan cumplido, en dicho Estado miembro, las formalidades de importación y percibido los derechos de aduana y cualesquiera otras exacciones de efecto equivalente exigibles, siempre que no se hubieren beneficiado de una devolución total o parcial de los mismos.»

Ya en el capítulo 1 de ese título II de la parte tercera del TFUE se concentran las disposiciones básicas de la unión aduanera constituida por los Estados miembros, que establecen:

«Artículo 30 (antiguo artículo 25 del TCE)

Quedarán prohibidos entre los Estados miembros los derechos de aduana de importación y exportación o exacciones de efecto equivalente. Esta prohibición se aplicará también a los derechos de aduana de carácter fiscal.

Artículo 31 (antiguo artículo 26 del TCE)

El Consejo, a propuesta de la Comisión, fijará los derechos del arancel aduanero común.

Artículo 32 (antiguo artículo 27 del TCE)

En el cumplimiento de las funciones que le son atribuidas en el presente capítulo, la Comisión se guiará por:

- a) la necesidad de promover los intercambios comerciales entre los Estados miembros y terceros países;
- b) la evolución de las condiciones de competencia dentro de la Unión, en la medida en que dicha evolución tenga por efecto el incremento de la capacidad competitiva de las empresas;
- c) las necesidades de abastecimiento de la Unión en materias primas y productos semielaborados, procurando que no se falseen, entre los Estados miembros, las condiciones de competencia de los productos acabados;
- d) la necesidad de evitar perturbaciones graves en la vida económica de los Estados miembros y garantizar un desarrollo racional de la producción y una expansión del consumo en la Unión.»

Para que la Unión aduanera llegase a ser una realidad, resulta imprescindible que se mantenga la debida cooperación aduanera (capítulo 2 del mismo título):

«Artículo 33 (antiguo artículo 135 del TCE)

Dentro del ámbito de aplicación de los Tratados, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán medidas destinadas a fortalecer la cooperación aduanera entre los Estados miembros y entre éstos y la Comisión.»

Además, desde su vertiente *ad intra*, la Unión aduanera implica el juego limpio entre los Estados que integran el mercado interior. Por tal motivo, el capítulo 3 de ese antedicho título II de la parte tercera del TFUE, prohíbe las restricciones cuantitativas a la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros de la Unión:

«Artículo 34 (antiguo artículo 28 del TCE)

Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

#### Artículo 35 (antiguo artículo 29 del TCE)

Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

#### Artículo 36 (antiguo artículo 30 del TCE)

Las disposiciones de los artículos 34 y 35 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

#### Artículo 37 (antiguo artículo 31 del TCE)

1. Los Estados miembros adecuarán los monopolios nacionales de carácter comercial de tal modo que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado.

Las disposiciones del presente artículo se aplicarán a cualquier organismo mediante el cual un Estado miembro, *de iure* o *de facto*, directa o indirectamente, controle, dirija o influya sensiblemente en las importaciones o las exportaciones entre los Estados miembros. Tales disposiciones se aplicarán igualmente a los monopolios cedidos por el Estado a terceros.

2. Los Estados miembros se abstendrán de cualquier nueva medida contraria a los principios enunciados en el apartado 1 o que restrinja el alcance de los artículos relativos a la prohibición de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas entre los Estados miembros.

3. En caso de que un monopolio de carácter comercial implique una regulación destinada a facilitar la comercialización o a mejorar la rentabilidad de los productos agrícolas, deberán adoptarse las medidas necesarias para asegurar, en la aplicación de las normas del presente artículo, garantías equivalentes para el empleo y el nivel de vida de los productores interesados.»

El corolario natural de la existencia de una política comercial común *ad extra* viene

recogido en el título II de la parte quinta (Acción exterior de la Unión) del TFUE, que prevé:

«Artículo 206 (antiguo artículo 131 del TCE)

Mediante el establecimiento de una unión aduanera de conformidad con los artículos 28 a 32, la Unión contribuirá, en el interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a las inversiones extranjeras directas, así como a la reducción de las barreras arancelarias y de otro tipo.

Artículo 207

(antiguo artículo 133 del TCE)

1. La política comercial común se basará en principios uniformes, en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones. La política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán mediante reglamentos las medidas por las que se defina el marco de aplicación de la política comercial común.

3. En caso de que deban negociarse y celebrarse acuerdos con uno o más terceros países u organizaciones internacionales, se aplicará el artículo 218, sin perjuicio de las disposiciones específicas del presente artículo.

La Comisión presentará recomendaciones al Consejo, que la autorizará a iniciar las negociaciones necesarias. Corresponderá al Consejo y a la Comisión velar por que los acuerdos negociados sean compatibles con las políticas y normas internas de la Unión.

La Comisión llevará a cabo dichas negociaciones en consulta con un comité especial designado por el Consejo para asistirle en dicha tarea y con arreglo a las directrices que el Consejo pueda dirigirlle. La Comisión informará periódicamente al comité especial y al Parlamento Europeo de la marcha de las negociaciones.

4. Para la negociación y celebración de los acuerdos mencionados en el apartado 3, el Consejo decidirá por mayoría cualificada.

Para la negociación y celebración de acuerdos en los ámbitos del comercio de servicios y de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, así como de las inversiones extranjeras directas, el Consejo se pronunciará por unanimidad cuando dichos acuerdos contengan disposiciones en las que se requiere la unanimidad para la adopción de normas internas.

El Consejo se pronunciará también por unanimidad para la negociación y la celebración de acuerdos:

a) En el ámbito del comercio de servicios culturales y audiovisuales, cuando dichos acuerdos puedan perjudicar a la diversidad cultural y lingüística de la Unión.

b) En el ámbito del comercio de servicios sociales, educativos y sanitarios, cuando dichos acuerdos puedan perturbar gravemente la organización nacional de dichos servicios y perjudicar a la responsabilidad de los Estados miembros en la prestación de los mismos.

5. La negociación y la celebración de acuerdos internacionales en el ámbito de los transportes se regirán por el título VI de la tercera parte y por el artículo 218.

6. El ejercicio de las competencias atribuidas por el presente artículo en el ámbito de la política comercial común no afectará a la delimitación de las competencias entre la Unión y los Estados miembros ni conllevará una armonización de las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros en la medida en que los Tratados excluyan dicha armonización.»

## **7.2. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES Y POLÍTICA SOCIAL.**

Sobre la libre circulación de trabajadores, la parte tercera del TFUE (Políticas y acciones internas de la Unión), dedica el capítulo 1 de su título IV a dicha libertad tan cualificada. En cierta medida, esta libertad, que atañe también a la libre circulación de personas

dentro de la Unión, se encuentra íntimamente ligada, además, con el capítulo 2 del mismo título IV, aunque el derecho de establecimiento no puede negar su nexo con la libre prestación de servicios. En cuanto a la política social, nos ceñiremos a lo previsto en el título X de la parte tercera del TFUE, por cuanto el Fondo Social Europeo (título XI) merece ser estudiado con los Fondos Estructurales.

Así, en el reseñado capítulo 1 del título IV (parte tercera del TFUE), la libre circulación de trabajadores se regula del siguiente modo:

«Artículo 45 (antiguo artículo 39 del TCE)

1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión.
2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.
3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:
  - a) De responder a ofertas efectivas de trabajo.
  - b) De desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros.
  - c) De residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales.
  - d) De permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.
4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración pública.

Artículo 46 (antiguo artículo 40 del TCE)

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda definida en el artículo 45, en especial:

- a) Asegurando una estrecha colaboración entre las administraciones nacionales de trabajo.
- b) Eliminando aquellos procedimientos y prácticas administrativos, así como los plazos de acceso a los empleos disponibles, que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la liberalización de los movimientos de los trabajadores.
- c) Eliminando todos los plazos y demás restricciones previstos en las legislaciones nacionales o en los acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, que impongan a los trabajadores de los demás Estados miembros condiciones distintas de las impuestas a los trabajadores nacionales para la libre elección de un empleo.
- d) Estableciendo los mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y las demandas de empleo y facilitar su equilibrio en condiciones tales que no se ponga en grave peligro el nivel de vida y de empleo en las diversas regiones e industrias.

#### Artículo 47 (antiguo artículo 41 del TCE)

Los Estados miembros facilitarán, en el marco de un programa común, el intercambio de trabajadores jóvenes.

#### Artículo 48 (antiguo artículo 42 del TCE)

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes:

- a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;
- b) el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros.

Cuando un miembro del Consejo declare que un proyecto de acto legislativo de los previstos en el párrafo primero perjudica a aspectos importantes de su sistema de

seguridad social, como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afecta al equilibrio financiero de dicho sistema, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación y en un plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, el Consejo Europeo:

- a) devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario, o bien
- b) no se pronunciará o pedirá a la Comisión que presente una nueva propuesta. En tal caso, el acto propuesto inicialmente se considerará no adoptado.»

En cuanto a la política social, dice el título X de la parte tercera del TFUE:

« Artículo 151 (antiguo artículo 136 del TCE)

La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones.

A tal fin, la Unión y los Estados miembros emprenderán acciones en las que se tenga en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, en particular en el ámbito de las relaciones contractuales, así como la necesidad de mantener la competitividad de la economía de la Unión.

Consideran que esta evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado interior, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en los Tratados y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.

#### Artículo 152

La Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito,



teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía.

La cumbre social tripartita para el crecimiento y el empleo contribuirá al diálogo social.

#### Artículo 153 (antiguo artículo 137 del TCE)

1. Para la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos:

- a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores;
- b) las condiciones de trabajo;
- c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores;
- d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral;
- e) la información y la consulta a los trabajadores;
- f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5;
- g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión;
- h) la integración de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166;
- i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo;
- j) la lucha contra la exclusión social;
- k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c).

2. A tal fin, el Parlamento Europeo y el Consejo:

- a) Podrán adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar

experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

b) Podrán adoptar, en los ámbitos mencionados en las letras a) a i) del apartado 1, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Tales directivas evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas.

El Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

En los ámbitos mencionados en las letras c), d), f) y g) del apartado 1, el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos comités.

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá decidir que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable a las letras d), f) y g) del apartado 1.

3. Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las directivas adoptadas en virtud del apartado 2 o, en su caso, la aplicación de una decisión del Consejo adoptada de conformidad con el artículo 155.

En tal caso, se asegurará de que, como más tarde en la fecha en la que deba estar transpuesta o aplicada una directiva o una decisión, los interlocutores sociales hayan establecido, mediante acuerdo, las disposiciones necesarias; el Estado miembro interesado deberá tomar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por dicha directiva o dicha decisión.

4. Las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo:

— No afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste.

— No impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados.

5. Las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal.

#### Artículo 154 (antiguo artículo 138 del TCE)

1. La Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel de la Unión y adoptar todas las disposiciones necesarias para facilitar su diálogo, velando por que ambas partes reciban un apoyo equilibrado.

2. A tal efecto, antes de presentar propuestas en el ámbito de la política social, la Comisión consultará a los interlocutores sociales sobre la posible orientación de una acción de la Unión.

3. Si, tras dicha consulta, la Comisión estimase conveniente una acción de la Unión, consultará a los interlocutores sociales sobre el contenido de la propuesta contemplada. Los interlocutores sociales remitirán a la Comisión un dictamen o, en su caso, una recomendación.

4. Con ocasión de las consultas contempladas en los apartados 2 y 3, los interlocutores sociales podrán informar a la Comisión sobre su voluntad de iniciar el proceso previsto en el artículo 155. La duración de dicho proceso no podrá exceder de nueve meses, salvo si los interlocutores sociales afectados decidieran prolongarlo de común acuerdo con la Comisión.

#### Artículo 155 (antiguo artículo 139 del TCE)

1. El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si éstos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos.

2. La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel de la Unión se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, ya sea, en los ámbitos sujetos al artículo 153, y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión. Se informará al Parlamento Europeo.

El Consejo decidirá por unanimidad cuando el acuerdo en cuestión contenga una o más disposiciones relativas a alguno de los ámbitos para los que se requiera la unanimidad en virtud del apartado 2 del artículo 153.

#### Artículo 156 (antiguo artículo 140 del TCE)

A fin de alcanzar los objetivos expuestos en el artículo 151, y sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados, la Comisión fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones en los ámbitos de la política social tratados en el presente capítulo, particularmente en las materias relacionadas con:

- el empleo,
- el derecho del trabajo y las condiciones de trabajo,
- la formación y perfeccionamiento profesionales,
- la seguridad social,
- la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales,
- la higiene del trabajo,
- el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores.

A tal fin, la Comisión actuará en estrecho contacto con los Estados miembros, mediante estudios, dictámenes y la organización de consultas, tanto para los problemas que se planteen a nivel nacional como para aquellos que interesen a las organizaciones internacionales, en particular mediante iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódicos. Se informará cumplidamente al Parlamento Europeo.

Antes de emitir los dictámenes previstos en el presente artículo, la Comisión consultará al Comité Económico y Social.

#### Artículo 157 (antiguo artículo 141 del TCE)

1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
- b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

Artículo 158 (antiguo artículo 142 del TCE)

Los Estados miembros procurarán mantener la equivalencia existente entre los regímenes de vacaciones retribuidas.

Artículo 159 (antiguo artículo 143 del TCE)

La Comisión elaborará un informe anual sobre la evolución en la consecución de los objetivos del artículo 151, que incluirá la situación demográfica en la Unión. La Comisión remitirá dicho informe al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social.

Artículo 160 (antiguo artículo 144 del TCE)

El Consejo, por mayoría simple, previa consulta al Parlamento Europeo, creará un Comité de Protección Social, de carácter consultivo, para fomentar la cooperación en materia de

protección social entre los Estados miembros y con la Comisión. El Comité tendrá por misión:

- supervisar la situación social y la evolución de las políticas de protección social de los Estados miembros y de la Unión,
- facilitar el intercambio de información, experiencias y buenas prácticas entre los Estados miembros y con la Comisión,
- sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 240, elaborar informes, emitir dictámenes o emprender otras actividades en los ámbitos que sean de su competencia, ya sea a petición del Consejo o de la Comisión, ya por propia iniciativa.

Para llevar a cabo su mandato, el Comité entablará los contactos adecuados con los interlocutores sociales.

Cada uno de los Estados miembros y la Comisión designarán dos miembros del Comité.

Artículo 161 (antiguo artículo 145 del TCE)

La Comisión dedicará un capítulo especial de su informe anual al Parlamento Europeo a la evolución de la situación social en la Unión.

El Parlamento Europeo podrá invitar a la Comisión a elaborar informes sobre problemas particulares relativos a la situación social.»

### **3. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

Sobre el derecho de establecimiento, el capítulo 2 del título IV del TFUE (parte tercera) dispone:

«Artículo 49 (antiguo artículo 43 del TCE)

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro.

La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su

ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales.

#### Artículo 50 (antiguo artículo 44 del TCE)

1. A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, mediante directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social.

2. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular:

- a) Ocupándose, en general, con prioridad, de las actividades en las que la libertad de establecimiento contribuya de manera especialmente útil al desarrollo de la producción y de los intercambios;
- b) Asegurando una estrecha colaboración entre las administraciones nacionales competentes a fin de conocer las situaciones particulares, dentro de la Unión, de las distintas actividades afectadas.
- c) Eliminando aquellos procedimientos y prácticas administrativos que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la libertad de establecimiento.
- d) Velando por que los trabajadores asalariados de uno de los Estados miembros, empleados en el territorio de otro Estado miembro, puedan permanecer en dicho territorio para emprender una actividad no asalariada, cuando cumplan las condiciones que les serían exigibles si entraran en el citado Estado en el momento de querer iniciar dicha actividad.
- e) Haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro, en la medida en que no se contravengan los principios establecidos en el apartado 2 del artículo 39.

f) Aplicando la supresión progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento, en cada rama de actividad contemplada, tanto en lo que respecta a las condiciones de apertura, en el territorio de un Estado miembro, de agencias, sucursales o filiales, como a las condiciones de admisión del personal de la sede central en los órganos de gestión o de control de aquéllas;

g) Coordinando, en la medida necesaria y al objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros.

h) Asegurándose de que las condiciones para el establecimiento no resultan falseadas mediante ayudas otorgadas por los Estados miembros.

#### Artículo 51 (antiguo artículo 45 del TCE)

Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán excluir determinadas actividades de la aplicación de las disposiciones del presente capítulo.

#### Artículo 52 (antiguo artículo 46 del TCE)

1. Las disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para la coordinación de las mencionadas disposiciones.

#### Artículo 53 (antiguo artículo 47 del TCE)

1. A fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán directivas para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, así como



para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso a las actividades por cuenta propia y a su ejercicio.

2. En cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, la progresiva supresión de las restricciones quedará subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros.

#### Artículo 54 (antiguo artículo 48 del TCE)

Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo.

#### Artículo 55 (antiguo artículo 294 del TCE)

Los Estados miembros aplicarán a los nacionales de los demás Estados miembros el trato de nacional en lo que respecta a su participación financiera en el capital de las sociedades definidas en el artículo 54, sin perjuicio de la aplicación de las restantes disposiciones de los Tratados.»

Y sobre la libre prestación de servicios, prescribe el subsiguiente capítulo 3:

#### « Artículo 56 (antiguo artículo 49 del TCE)

En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán extender el beneficio de las disposiciones del presente capítulo a los prestadores de servicios que sean nacionales de un tercer Estado y se hallen establecidos dentro de la Unión.

#### Artículo 57 (antiguo artículo 50 del TCE)

Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

- a) actividades de carácter industrial;
- b) actividades de carácter mercantil;
- c) actividades artesanales;
- d) actividades propias de las profesiones liberales.

Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales.

#### Artículo 58 (antiguo artículo 51 del TCE)

1. La libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes.
2. La liberalización de los servicios bancarios y de seguros vinculados a los movimientos de capitales se realizará en armonía con la liberalización de la circulación de capitales.

#### Artículo 59 (antiguo artículo 52 del TCE)

1. A efectos de alcanzar la liberalización de un servicio determinado, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, decidirán mediante directivas.
2. Las directivas previstas en el apartado 1 se referirán, en general, con prioridad, a los servicios que influyan de forma directa en los costes de producción o cuya liberalización contribuya a facilitar los intercambios de mercancías.

#### Artículo 60 (antiguo artículo 53 del TCE)

Los Estados miembros se esforzarán por proceder a una liberalización de los servicios más

amplia que la exigida en virtud de las directivas adoptadas en aplicación del apartado 1 del artículo 59, si su situación económica general y la del sector afectado se lo permiten.

La Comisión dirigirá, a este fin, recomendaciones a los Estados miembros interesados.

Artículo 61 (antiguo artículo 54 del TCE)

En tanto no se supriman las restricciones a la libre prestación de servicios, cada uno de los Estados miembros aplicará tales restricciones, sin distinción de nacionalidad o residencia, a todos los prestadores de servicios a que se refiere el párrafo primero del artículo 56.

Artículo 62 (antiguo artículo 55 del TCE)

Las disposiciones de los artículos 51 a 54, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente capítulo.»

En cuanto a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, es imprescindible recordar la trascendencia de dos directivas principales:

\* Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DOUE L 255, de 30.9.2005).

\* Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L 376, de 27.12.2006).

Esta última ha sido transpuesta en Galicia por la Ley 1/2010, de 11 de febrero, de modificación de diversas leyes de Galicia para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOG nº 36, de 23.2.2010). Además, cabe subrayar la existencia de las siguientes normas adicionales de transposición:

- Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE nº 283, de 24.11.2009).

- Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE nº 308, de 23.12.2009).

- Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de

ordenación del comercio interior de Galicia (DOG nº 251, de 28.12.2009). Hoy derogadas por la Ley 13/2010, de 17 de diciembre, de comercio interior de Galicia (DOG nº 249, de 29.12.2010).

- Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (BOE nº 53, de 2.3.2010).

#### **4. LA LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALS.**

En cuanto a la libre circulación de capitales, nos dice el capítulo 4 (Capital y pagos) del título IV de la parte tercera del TFUE:

« Artículo 63 (antiguo artículo 56 del TCE)

1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

Artículo 64 (antiguo artículo 57 del TCE)

1. Lo dispuesto en el artículo 63 se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el derecho nacional o con el derecho de la Unión en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. Respecto de las restricciones existentes en virtud de la legislación nacional en Bulgaria, Estonia y Hungría, la fecha aplicable será el 31 de diciembre de 1999.

2. Aunque procurando alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales entre Estados miembros y terceros países en el mayor grado posible, y sin perjuicio de lo dispuesto en los demás capítulos de los Tratados, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán medidas relativas a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones

directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, sólo el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá establecer medidas que supongan un retroceso en el derecho de la Unión respecto de la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos.

#### Artículo 65 (antiguo artículo 58 del TCE)

1. Lo dispuesto en el artículo 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:

a) Aplicar las disposiciones pertinentes de su derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital.

b) Adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.

2. Las disposiciones del presente capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con los Tratados.

3. Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63.

4. A falta de medidas de aplicación del apartado 3 del artículo 64, la Comisión o, a falta de una decisión de la Comisión dentro de un período de tres meses a partir de la solicitud del Estado miembro interesado, el Consejo, podrá adoptar una decisión que declare que las medidas fiscales restrictivas adoptadas por un Estado miembro con respecto a uno o varios terceros países deben considerarse compatibles con los Tratados en la medida en que las justifique uno de los objetivos de la Unión y sean compatibles con el correcto

funcionamiento del mercado interior. El Consejo se pronunciará por unanimidad a instancia de un Estado miembro.

Artículo 66 (antiguo artículo 59 del TCE)

Cuando en circunstancias excepcionales los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos causen, o amenacen causar, dificultades graves para el funcionamiento de la unión económica y monetaria, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo, podrá adoptar respecto a terceros países, por un plazo que no sea superior a seis meses, las medidas de salvaguardia estrictamente necesarias.»

**JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ**

LIC. EN CC. POLÍTICAS Y DE LA ADMINISTRACIÓN  
(ESPECIALIDAD *RELACIONES INTERNACIONALES*).

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DERECHO

**REVISADO POR ISABEL TORRALBA**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

**REVISADO POR MANUEL TOMÁS FUERTES CARBALLEIRA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.
- *Del artículo 8 del Tratado de la Unión Europea al artículo I-8 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa*. Miguel J. Agudo Zamora.

## **TEMA 7**

# **LA POLÍTICA REGIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA. LOS FONDOS ESTRUCTURALES. LA COHESIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL.**

## **TEMA 7. LA POLÍTICA REGIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA. LOS FONDOS ESTRUCTURALES. LA COHESIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL.**

### **1. LA POLÍTICA REGIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA.**

La política regional de la Unión Europea favorece la reducción de las diferencias estructurales entre las regiones de la Unión, el desarrollo equilibrado del territorio comunitario y la igualdad de oportunidades entre los europeos. Fundada sobre los conceptos de solidaridad y cohesión económica, esta política pública se materializa a través de diversas intervenciones financieras, en particular las de los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión. En 1986, el Acta Única Europea introdujo el objetivo de la cohesión económica y social. Finalmente, el Tratado de Maastricht (1992) incorporó esa política al Tratado CE (artículos 158 a 162).

En la actualidad, debe considerarse a la luz del título XVIII (cohesión económica, social y territorial), de la parte tercera del TFUE:

#### «Artículo 174

A fin de promover un desarrollo armonioso del conjunto de la Unión, ésta desarrollará y proseguirá su acción encaminada a reforzar su cohesión económica, social y territorial.

La Unión se propondrá, en particular, reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones menos favorecidas.

Entre las regiones afectadas se prestará especial atención a las zonas rurales, a las zonas afectadas por una transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes como, por ejemplo, las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población y las regiones insulares, transfronterizas y de montaña.

#### Artículo 175

Los Estados miembros conducirán su política económica y la coordinarán con miras a alcanzar también los objetivos enunciados en el artículo 174. Al formular y desarrollar las



políticas y acciones de la Unión y al desarrollar el mercado interior, se tendrán en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 174, participando en su consecución. La Unión apoyará, asimismo, dicha consecución a través de la actuación que realiza mediante los fondos con finalidad estructural (Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección «Orientación»; Fondo Social Europeo; Fondo Europeo de Desarrollo Regional), el Banco Europeo de Inversiones y los otros instrumentos financieros existentes.

Cada tres años, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre los avances realizados en la consecución de la cohesión económica, social y territorial y sobre la forma en que los distintos medios establecidos en el presente artículo han contribuido a ellos. En caso necesario, dicho informe deberá ir acompañado de propuestas adecuadas.

Si se manifestare la necesidad de acciones específicas al margen de los fondos y sin perjuicio de las medidas decididas en el marco de las demás políticas de la Unión, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar dichas acciones con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

#### Artículo 176

El Fondo Europeo de Desarrollo Regional estará destinado a contribuir a la corrección de los principales desequilibrios regionales dentro de la Unión mediante una participación en el desarrollo y en el ajuste estructural de las regiones menos desarrolladas y en la reconversión de las regiones industriales en declive.

#### Artículo 177

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 178, el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante reglamentos adoptados con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, y tras consultar al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, determinarán las funciones, los objetivos prioritarios y la organización de los fondos con finalidad estructural, lo que podrá suponer la agrupación de los fondos. Mediante el mismo procedimiento, se determinarán, asimismo, las normas generales aplicables a los fondos,

así como las disposiciones necesarias para garantizar su eficacia y la coordinación de los fondos entre sí y con los demás instrumentos financieros existentes.

Un Fondo de Cohesión, creado con arreglo al mismo procedimiento, proporcionará una contribución financiera a proyectos en los sectores del medio ambiente y de las redes transeuropeas en materia de infraestructuras del transporte.

#### Artículo 178

Los reglamentos de aplicación relativos al Fondo Europeo de Desarrollo Regional serán tomados por el Parlamento Europeo y el Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

En cuanto al Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola, sección «Orientación», y al Fondo Social Europeo, seguirán siendo aplicables, respectivamente, las disposiciones de los artículos 43 y 164.»

Por consiguiente, la imbricación entre la política regional comunitaria y la cohesión económica, social y territorial, resulta evidente.

## **2. LOS FONDOS ESTRUCTURALES.**

Los cinco Fondos Estructurales y de Inversión de la UE son los siguientes (“Fondos Estructurales y de Inversión Europeos”, o “Fondos EIE”):

- Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Feder)
- Fondo Social Europeo (FSE)
- Fondo de Cohesión
- Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader)
- Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP).

En la programación de estos fondos para el período 2014-2020, tienen por finalidad establecer una articulación clara con la Estrategia Europa 2020, mejorar la coordinación,

garantizar una aplicación coherente y facilitar al máximo el acceso a los fondos por parte de los beneficiarios. Los países de la UE administran los fondos de forma descentralizada en régimen de gestión compartida. En este período 2014-2020 España no percibe Fondo de Cohesión.

Las normas aplicables por igual a los cinco Fondos Estructurales y de Inversión de la UE se establecen en el Reglamento sobre disposiciones comunes, sin perjuicio de la existencia de normas específicas para cada fondo: el Reglamento (UE) nº 1303/2013, de 17 de diciembre, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1083/2006 del Consejo.

De acuerdo con el artículo 1 (Objeto) del Reglamento (UE) nº 1303/2013, de 17 de diciembre:

*“El presente reglamento establece las normas comunes aplicables al Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Feder), al Fondo Social Europeo (FSE), al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca (FEMP), que funcionan de conformidad con un marco común (en lo sucesivo, «Fondos Estructurales y de Inversión Europeos» – «Fondos EIE»). Define, asimismo, las disposiciones necesarias para garantizar la eficacia de los Fondos EIE y su coordinación entre ellos y con otros instrumentos de la Unión. Las normas comunes aplicables a los Fondos EIE se establecen en la segunda parte.*

*La tercera parte establece las normas generales que rigen el Feder, el FSE (denominados conjuntamente «Fondos Estructurales») y el Fondo de Cohesión en relación con las tareas, los objetivos prioritarios y la organización de los Fondos Estructurales y el Fondo de Cohesión (en lo sucesivo, los «Fondos»), los criterios que deben cumplir los Estados miembros y las regiones para optar a la ayuda de los Fondos, los recursos financieros disponibles y los criterios para su asignación.*

*La cuarta parte establece las normas generales aplicables a los Fondos y al FEMP en materia de gestión y control, gestión financiera, cuentas y correcciones financieras.*

*Las normas establecidas en el presente reglamento se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (UE) nº 1306/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, y de las disposiciones específicas de los siguientes reglamentos (en lo sucesivo, «Reglamentos específicos relativos a los Fondos»), de conformidad con el párrafo quinto del presente artículo:*

- 1) Reglamento (UE) nº 1301/2013 («Reglamento del Feder»).*
- 2) Reglamento (UE) nº 1304/2013 («Reglamento del FSE»).*
- 3) Reglamento (UE) nº 1300/2013 («Reglamento del FC»).*
- 4) Reglamento (UE) nº 1299/2013 («Reglamento de la CTE»).*
- 5) Reglamento (UE) nº 1305/2013 («Reglamento del Feader»).*
- 6) Un futuro acto jurídico de la Unión que establezca las condiciones de la ayuda financiera a la política marítima y pesquera para el período 2014 – 2020 («Reglamento del FEMP»).*

*La segunda parte del presente reglamento se aplicará a todos los Fondos EIE, a menos que expresamente se establezcan excepciones. La tercera y cuarta del presente reglamento establecerá normas complementarias a la segunda parte que se apliquen a los Fondos, y a los Fondos y al FEMP, respectivamente, y podrán permitir expresamente excepciones en los Reglamentos específicos relativos a los Fondos de que se trate. Los Reglamentos específicos relativos a los Fondos podrán establecer normas complementarias a la segunda parte del presente reglamento para los Fondos EIE, a la tercera parte del presente reglamento para los Fondos y a la cuarta parte del presente reglamento para los Fondos y el FEMP. Las normas complementarias de los Reglamentos específicos relativos a los Fondos no estarán en contradicción con la segunda, tercera o cuarta parte del presente reglamento. En caso de duda respecto a la aplicación entre disposiciones, la segunda parte del presente reglamento prevalecerá sobre las normas*

*específicas relativas a los Fondos, y la segunda, tercera y cuarta parte del presente reglamento prevalecerá sobre los Reglamentos específicos relativos a los Fondos”.*

El artículo 4 del reglamento común, Reglamento (UE) nº 1303/2013, de 17 de diciembre, establece los principios generales comunes a los Fondos Estructurales y de Inversión:

*“1. Los Fondos EIE proporcionarán una ayuda, a través de programas plurianuales, que complementará las intervenciones nacionales, regionales y locales, a fin de cumplir la estrategia de la Unión para un **crecimiento inteligente, sostenible e integrador**, así como a través de las misiones específicas de los Fondos con arreglo a sus objetivos basados en los Tratados, incluida la cohesión económica, social y territorial, teniendo en cuenta las directrices integradas de Europa 2020 y recomendaciones específicas por país pertinentes adoptadas conforme al artículo 121, apartado 2, del TFUE, así como las recomendaciones pertinentes del Consejo adoptadas conforme al artículo 148, apartado 4, del TFUE y, en su caso, a nivel nacional, el programa nacional de reforma.*

*2. La Comisión y los Estados miembros, teniendo en cuenta el contexto específico de cada Estado miembro, velarán por que la ayuda de los Fondos EIE sea **coherente** con las correspondientes políticas, principios horizontales a que se refieren los artículos 5, 7 y 8 y prioridades de la Unión y por que sea **complementaria** con respecto a otros instrumentos de la Unión.*

*3. La ayuda de los Fondos EIE se aplicará en estrecha colaboración entre la Comisión y los Estados miembros, de conformidad con el **principio de subsidiariedad**.*

*4. Los **Estados miembros**, al nivel territorial apropiado, de conformidad con su marco institucional, jurídico y financiero, y los organismos por ellos designados al efecto **serán responsables de elaborar y ejecutar los programas y realizar las tareas**, en colaboración con los socios pertinentes a que se refiere el artículo 5, de conformidad con lo dispuesto en el presente reglamento y en las normas específicas de los Fondos.*

*5. Las medidas tomadas para la ejecución y utilización de los Fondos EIE y, en particular, los recursos financieros y administrativos necesarios para la preparación y ejecución de*

*programas, en relación con el seguimiento, los informes, la evaluación, la gestión y el control respetarán el **principio de proporcionalidad**, habida cuenta del nivel de la ayuda asignada, y tendrán en cuenta el objetivo general de reducir la carga administrativa para los organismos que participan en la gestión y el control de los programas.*

*6. De acuerdo con sus respectivas responsabilidades, la Comisión y los Estados miembros garantizarán la **coordinación entre los Fondos EIE y entre estos y otros instrumentos, estrategias y políticas pertinentes de la Unión**, incluidos los enmarcados en la acción exterior de la Unión.*

*7. **La parte del presupuesto de la Unión asignada a los Fondos EIE se ejecutará en el marco de la gestión compartida entre los Estados miembros y la Comisión**, según lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento financiero, a excepción del importe de la ayuda del Fondo de Cohesión transferido al mecanismo «Conectar Europa» al que se refiere el artículo 92, apartado 6, del presente reglamento, las acciones innovadoras a iniciativa de la Comisión conforme al artículo 8 del Reglamento del Feder, la asistencia técnica a iniciativa de la Comisión y la ayuda a la gestión directa en virtud del Reglamento FEMP.*

*8. La Comisión y los Estados miembros aplicarán el **principio de buena gestión financiera** de conformidad con el artículo 30 del Reglamento financiero.*

*9. La Comisión y los Estados miembros velarán por la **eficacia de los Fondos EIE** durante la preparación y ejecución, en relación con el seguimiento, los informes y la evaluación.*

*10. La Comisión y los Estados miembros desempeñarán sus respectivos papeles en relación con los Fondos EIE con la **finalidad de reducir la carga administrativa para los beneficiarios**”.*

En consecuencia, los principios generales por los que se rigen los Fondos Estructurales y de Inversión son los siguientes:

- Finalidad principal: crecimiento inteligente, sostenible e integrador, así como las

misiones específicas de los Fondos con arreglo a sus objetivos basados en los Tratados, incluyendo la cohesión económica, social y territorial.

- Objetivos instrumentales: 1) eficacia de los Fondos EIE; 2) Reducción de la carga administrativa para los beneficiarios.
- Coherencia, complementariedad y coordinación de la ayuda de los Fondos EIE con las correspondientes políticas, principios horizontales y prioridades de la Unión.
- Principio de subsidiariedad.
- Responsabilidad de los Estados miembros de elaborar y ejecutar los programas y realizar las tareas de los Fondos.
- Principio de proporcionalidad en la adopción de medidas para la ejecución y utilización de los Fondos EIE.
- Ejecución del presupuesto de la Unión asignado a los Fondos EIE en el marco de la gestión compartida entre los Estados miembros y la Comisión,
- Principio de buena gestión financiera de conformidad.

Adicionalmente, el reglamento común establece los siguientes principios comunes básicos aplicables:

- Partiendo de un enfoque de gobernanza en varios niveles, “para el acuerdo de asociación y para cada programa, cada Estado miembro organizará, de conformidad con su marco institucional y jurídico, una asociación con las autoridades locales y regionales competentes” (artículo 5).
- Artículo 6 (Cumplimiento del Derecho de la Unión y nacional): “*Las operaciones apoyadas por los Fondos del EIE cumplirán el derecho de la Unión aplicable y el derecho nacional relativo a su aplicación («derecho aplicable»).*”
- Artículo 7 (Promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y no discriminación):



*“Los Estados miembros y la Comisión velarán por que se tengan en cuenta y se promuevan la igualdad entre hombres y mujeres y la integración de la perspectiva de género a lo largo de la preparación y la ejecución de los programas, entre lo que se incluye lo que se refiere al seguimiento, a la presentación de informes y a la evaluación.*

*Los Estados miembros y la Comisión tomarán las medidas oportunas para evitar cualquier discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual durante la preparación y ejecución de los programas. En particular, durante la preparación y aplicación de los programas se tendrá en cuenta la accesibilidad para las personas con discapacidad”.*

- Artículo 8 (Desarrollo sostenible): *“Los objetivos de los Fondos EIE se perseguirán de conformidad con el principio de desarrollo sostenible y con el fomento por parte de la Unión del objetivo de conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente, tal como se recoge en el artículo 11 y en el artículo 191, apartado 1, del TFUE, teniendo en cuenta el principio de que «quien contamina paga».*

*Los Estados miembros y la Comisión velarán por que en la preparación y la ejecución de los acuerdos de asociación y los programas se promuevan los requisitos de protección medioambiental, la eficiencia de los recursos, la mitigación del cambio climático y la adaptación al mismo, la biodiversidad, la capacidad de adaptación frente a los desastres y la prevención y gestión de riesgos”.*

- Artículo 9 (Objetivos temáticos): *“A fin de contribuir a la estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, así como a las misiones específicas de los Fondos con arreglo a sus objetivos basados en el Tratado, incluida la cohesión económica, social y territorial, los Fondos EIE apoyarán los siguientes objetivos temáticos:*

*1) Potenciar la investigación, el desarrollo tecnológico y la innovación.*

*2) Mejorar el uso y la calidad de las tecnologías de la información y de la comunicación y el acceso a las mismas.*



*3) Mejorar la competitividad de las pymes, del sector agrícola (en el caso del Feader) y del sector de la pesca y la acuicultura (en el caso del FEMP).*

*4) Favorecer la transición a una economía baja en carbono en todos los sectores.*

*5) Promover la adaptación al cambio climático y la prevención y gestión de riesgos.*

*6) Conservar y proteger el medio ambiente y promover la eficiencia de los recursos.*

*7) Promover el transporte sostenible y eliminar los estrangulamientos en las infraestructuras de red fundamentales.*

*8) Promover la sostenibilidad y la calidad en el empleo y favorecer la movilidad laboral.*

*9) Promover la inclusión social y luchar contra la pobreza y contra cualquier forma de discriminación.*

*10) Invertir en educación, formación y formación profesional para la adquisición de capacidades y un aprendizaje permanente.*

*11) Mejorar la capacidad institucional de las autoridades públicas y las partes interesadas y la eficiencia de la Administración pública.*

*Los objetivos temáticos se traducirán en prioridades específicas de cada Fondo EIE fijadas en las normas específicas de los Fondos”.*

- *Artículo 10. Marco estratégico común): “1. Con el fin de favorecer un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de la Unión, se establece un marco estratégico común (en lo sucesivo, «MEC»), tal como se define en el anexo I. El MEC establece unos principios rectores estratégicos para facilitar el proceso de programación y la coordinación sectorial y territorial de la intervención de la Unión con cargo a los Fondos EIE y con otros instrumentos y políticas europeos pertinentes en consonancia con las metas y los objetivos de la Estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, teniendo en cuenta los retos territoriales clave para distintos tipos de territorios.*

*2. Los principios rectores estratégicos fijados en el MEC se establecerán en consonancia con la finalidad y el ámbito de aplicación de la ayuda ofrecida por cada Fondo EIE, y con las normas que rigen el funcionamiento de cada Fondo EIE, como se definen en el presente reglamento y en las normas específicas de los Fondos. El MEC tampoco impondrá nuevas obligaciones a los Estados miembros distintas de las establecidas en el marco de las correspondientes políticas sectoriales de la Unión.*

*3. El MEC facilitará la preparación del acuerdo de asociación y los programas con arreglo a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad, y teniendo en cuenta las competencias nacionales y regionales para decidir sobre la política específica y adecuada y las medidas de coordinación”.*

### **3. LA COHESIÓN ECONÓMICA Y SOCIAL.**

El título XVIII de la parte tercera del TFUE ubica de forma conjunta las tres expresiones comunitarias de la cohesión: económica, social y territorial. No obstante, si hubiera que enfatizar los rasgos diferenciados de la cohesión económica y de la cohesión social en la Unión, sería aconsejable tomar en consideración los títulos VIII «Política económica y monetaria» y X «Política social» de la misma parte tercera del TFUE.

Así, el artículo 119 del TFUE determina al presentar la política económica:

«Artículo 119 (antiguo artículo 4 del TCE)

1. Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, la acción de los Estados miembros y de la Unión incluirá, en las condiciones previstas en los Tratados, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes y se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia.

2. Paralelamente, en las condiciones y según los procedimientos previstos en los Tratados, dicha acción supondrá una moneda única, el euro, la definición y la aplicación de una

política monetaria y de tipos de cambio única cuyo objetivo primordial sea mantener la estabilidad de precios y, sin perjuicio de dicho objetivo, el apoyo a la política económica general de la Unión, de conformidad con los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia.

3. Dichas acciones de los Estados miembros y de la Unión implican el respeto de los siguientes principios rectores: precios estables, finanzas públicas y condiciones monetarias sólidas y balanza de pagos estable.»

Y el artículo 3.3 del TUE dispone:

«Artículo 3 (antiguo artículo 2 del TUE)

(...) 3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico.

La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. (...)»

La cohesión económica posee una herramienta adicional en el Fondo de Cohesión, que se rige, además de por el Reglamento (UE) 1303/2013, de 17 de diciembre, común para los Fondos Estructurales y de Inversión, por su reglamento específico: el Reglamento (UE) 1300/2013, de 17 de diciembre.

El punto de partida para el estudio del Fondo de Cohesión debe ser, además del artículo 174 del TFUE, el artículo 89 del Reglamento común 1303/2013, que establece la misión y objetivos comunes de los fondos FEDER, FSE y Fondos de Cohesión, y a cuyo tenor:

*"1. Los Fondos contribuirán a desarrollar y realizar las acciones de la Unión que permitan reforzar su cohesión económica, social y territorial, de conformidad con el artículo 174 del TFUE.*

*Las acciones apoyadas por los Fondos también contribuirán a la realización de la estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.*

*2. A efectos de la misión a que se refiere el apartado 1, se perseguirán los siguientes objetivos:*

*a) Inversión en crecimiento y empleo en los Estados miembros y las regiones, con el apoyo de los Fondos.*

*b) Cooperación territorial europea, con el apoyo del Feder".*

Concretando ese marco común, el Reglamento (UE) 1300/2013, específico del Fondo de Cohesión, afirma que "el Fondo de Cohesión que se establece en virtud del presente reglamento debe proporcionar una contribución financiera a proyectos en los ámbitos de medio ambiente y redes transeuropeas en el sector de las infraestructuras de transportes" (considerando 1). Así, de acuerdo con el artículo 1 del Reglamento (UE) 1300/2013 (Establecimiento y objeto del Fondo de Cohesión):

*"1. Se establece un Fondo de Cohesión con el objetivo de reforzar la cohesión económica, social y territorial de la Unión en aras del fomento de un desarrollo sostenible.*

*2. El presente reglamento establece las tareas del Fondo de Cohesión y el alcance de su ayuda con respecto al objetivo de inversión en crecimiento y empleo mencionado en el artículo 89 del Reglamento (UE) nº 1303/2013."*

Los siguientes preceptos del Reglamento (UE) 1300/2013 determinan el ámbito de aplicación de la ayuda del Fondo de Cohesión, las ayudas del Fondo de Cohesión a los proyectos de infraestructuras de transporte en el marco del mecanismo «Conectar Europa» y las prioridades de inversión en los siguientes términos:

- Artículo 2. Ámbito de aplicación de la ayuda del Fondo de Cohesión

*“1. El Fondo de Cohesión, garantizando un equilibrio adecuado, y con arreglo a las necesidades específicas de inversión y de infraestructuras de cada Estado miembro, concederá ayudas a:*

*a) Las inversiones en medio ambiente, incluidos los ámbitos relacionados con el desarrollo sostenible y la energía que presenten beneficios para el medio ambiente.*

*b) Las RTE-T, de conformidad con las orientaciones adoptadas mediante la el Reglamento (UE) nº 1315/2013.*

*c) La asistencia técnica.*

*2. El Fondo de Cohesión no concederá ayudas a:*

*a) El desmantelamiento o la construcción de centrales nucleares.*

*b) Las inversiones destinadas a lograr la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de las actividades contempladas en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE.*

*c) La inversión en vivienda, salvo para la promoción de la eficiencia energética y el uso de las energías renovables.*

*d) La fabricación, transformación y comercialización de tabaco y productos del tabaco.*

*e) Las empresas en dificultades, según la definición de las normas de la Unión sobre ayudas de Estado.*

*f) La inversión en infraestructuras aeroportuarias excepto si están relacionadas con la protección del medio ambiente o van acompañadas de las inversiones necesarias para mitigar o reducir su impacto negativo en el medio ambiente”.*

- Artículo 3. Ayudas del Fondo de Cohesión a los proyectos de infraestructuras de transporte en el marco del mecanismo «Conectar Europa»

*“El Fondo de Cohesión concederá ayudas a los proyectos de infraestructuras de transporte que presenten un valor añadido europeo, previstos en el Reglamento (UE) nº 1316/2013 por un importe de 10 000 000 000 euros, de conformidad con el artículo 92, apartado 6, del Reglamento (UE) nº 1303/2013.”*

- Artículo 4. Prioridades de inversión

*“El Fondo de Cohesión contribuirá a las siguientes prioridades de inversión en el marco de los objetivos temáticos contemplados en el artículo 9, párrafo primero, del Reglamento (UE) nº 1303/2013, en función de las necesidades de desarrollo y el potencial de crecimiento mencionadas en el artículo 15, apartado 1, letra a), inciso i), de dicho reglamento y establecidas en el acuerdo de colaboración:*

*a) Favorecer el paso a una economía de bajo nivel de emisión de carbono en todos los sectores mediante:*

*i) El fomento de la producción y distribución de energía derivada de fuentes renovables.*

*ii) El fomento de la eficiencia energética y el uso de energías renovables en las empresas.*

*iii) El apoyo de la eficiencia energética, de la gestión inteligente de la energía y del uso de energías renovables en las infraestructuras públicas, incluidos los edificios públicos y el sector de la vivienda.*

*iv) El desarrollo y la aplicación de sistemas de distribución inteligentes en las redes que operen con baja y media tensión.*

*v) El fomento de estrategias de reducción del carbono para todo tipo de territorio, especialmente las zonas urbanas, incluido el fomento de la movilidad urbana multimodal sostenible y las medidas de adaptación con efecto de mitigación.*

*vi) El fomento de la utilización de cogeneración de calor y energía de alta eficiencia, basada en la demanda de calor útil.*

*b) Promover la adaptación al cambio climático y la prevención y gestión de riesgos, mediante:*

*i) El apoyo a la inversión destinada a la adaptación al cambio climático, incluidos planteamientos basados en los ecosistemas.*

*ii) El fomento de la inversión para hacer frente a riesgos específicos, garantizando una resiliencia frente a las catástrofes y desarrollando sistemas de gestión de catástrofes.*

*c) Conservar y proteger el medio ambiente y promover la eficiencia de los recursos mediante:*

*i) La inversión en el sector de los residuos para cumplir los requisitos del acervo de la Unión en materia de medio ambiente y para dar respuesta a las necesidades, identificadas por los Estados miembros, de una inversión que vaya más allá de dichos requisitos.*

*ii) La inversión en el sector del agua para cumplir los requisitos del acervo de la Unión en materia de medio ambiente y para abordar y dar respuesta a las necesidades, identificadas por los Estados miembros, de una inversión que vaya más allá de dichos requisitos.*

*iii) La protección y el restablecimiento de la biodiversidad y del suelo y el fomento de los servicios de los ecosistemas, inclusive a través de Natura 2000 de infraestructuras ecológicas.*

*iv) Acciones dirigidas a mejorar el entorno urbano, revitalizar las ciudades, rehabilitar y descontaminar viejas zonas industriales (incluidas zonas de reconversión), reducir la contaminación atmosférica y promover medidas de reducción del ruido.*

*d) Promover el transporte sostenible y eliminar los obstáculos en las infraestructuras de red fundamentales, mediante:*

*i) El apoyo a un espacio único europeo de transporte multimodal, invirtiendo en la RTE-T.*

*ii) El desarrollo y la mejora de sistemas de transporte respetuosos con el medio ambiente (incluida la reducción del ruido) y de bajo nivel de emisión de carbono, entre los que se incluyen las vías navegables interiores y el transporte marítimo, los puertos, los enlaces multimodales y las infraestructuras aeroportuarias, con el fin de fomentar una movilidad regional y local sostenible.*

*iii) La concepción y la rehabilitación de una red ferroviaria global, de alta calidad e interoperable, y la promoción de medidas de reducción del ruido.*

*e) Mejorar la capacidad institucional de la Administración pública y las partes interesadas y la eficiencia de la Administración pública mediante medidas de refuerzo de las capacidades institucionales y de la eficiencia de las administraciones públicas y los servicios públicos relacionados con la aplicación del Fondo de Cohesión.”*

Cabe finalizar las referencias al Fondo de Cohesión destacando que España no es elegible para el Fondo de Cohesión en el período 2014-2020.

En cuanto a la política social de la Unión, debemos considerar que el instrumento especializado para coadyuvar a alcanzar las metas marcadas es el Fondo Social Europeo (FSE), merecedor de un título específico (título XI de la parte tercera) en el TFUE. Aquí se encuentra el artículo 162 de este tratado:

«Artículo 162 (antiguo artículo 146 del TCE)

Para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida, se crea, en el marco de las disposiciones siguientes, un Fondo Social Europeo destinado a fomentar, dentro de la Unión, las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales.»

En esta línea, el Reglamento (UE) 1304/2013, de 17 de diciembre, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1081/2006 del Consejo, dispone en



su artículo 2 lo siguiente:

*“1. El FSE promoverá unos niveles elevados de empleo y de calidad del empleo, mejorará el acceso al mercado laboral, fomentará la movilidad geográfica y profesional de los trabajadores y facilitará su adaptación al cambio industrial y a los cambios de los sistemas de producción necesarios para garantizar un desarrollo sostenible, propiciará un elevado nivel de educación y formación para todos y apoyará la transición de la educación al empleo entre los jóvenes, luchará contra la pobreza, auspiciará la inclusión social y fomentará la igualdad de género, la no discriminación y la igualdad de oportunidades, contribuyendo de esta forma a dar respuesta a las prioridades de la Unión en materia de mejora de la cohesión económica, social y territorial.*

*2. El FSE cumplirá las misiones establecidas en el apartado 1 respaldando a los Estados miembros en la consecución de las prioridades y objetivos principales de la estrategia de la Unión para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador («Estrategia Europa 2020») y permitiéndoles afrontar sus retos específicos por lo que respecta al logro de los objetivos de dicha estrategia. El FSE apoyará la concepción y aplicación de políticas y medidas en relación con sus misiones, teniendo en cuenta las directrices integradas pertinentes y las correspondientes recomendaciones específicas por país adoptadas de conformidad con el artículo 121, apartado 2, y el artículo 148, apartado 4, del TFUE y, cuando proceda, a escala nacional, los programas nacionales de reforma, así como otros informes y estrategias nacionales aplicables.*

*3. El FSE beneficiará a los ciudadanos y, especialmente, a las personas desfavorecidas, como los desempleados de larga duración, las personas con discapacidad, los inmigrantes, las minorías étnicas, las comunidades marginadas y las personas de cualquier edad que sufren pobreza y exclusión social. El FSE también prestará ayuda a trabajadores, a empresas, incluidos los agentes de la economía social, y a emprendedores, así como a sistemas y estructuras, con el fin de facilitar su adaptación a los nuevos retos, incluida una mayor adecuación de las cualificaciones profesionales, y fomentar una buena gobernanza, el progreso social y la aplicación de reformas, especialmente en el ámbito del empleo, la educación, la formación y las políticas sociales”.*

**JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ**

LICENCIADO EN CIENCIAS POLÍTICAS Y DE LA ADMINISTRACIÓN

(ESPECIALIDAD *RELACIONES INTERNACIONALES*)

LICENCIADO EN CIENCIAS ECONÓMICAS

LICENCIADO EN DERECHO

**REVISADO POR ISABEL TORRALBA MENA**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

**REVISADO POR MANUEL TOMÁS FUERTES CARBALLEIRA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.
- Reglamento (UE) nº 1303/2013, de 17 de diciembre, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) núm. 1083/2006 del Consejo.
- Reglamento (UE) 1300/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, relativo al Fondo de Cohesión y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1084/2006.

- Reglamento (UE) 1304/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, relativo al Fondo Social Europeo y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1081/2006 del Consejo.

## **TEMA 8**

# **POLÍTICA AGRÍCOLA Y PESQUERA. OTRAS POLÍTICAS COMUNES.**

## **TEMA 8. POLÍTICA AGRÍCOLA Y PESQUERA. OTRAS POLÍTICAS COMUNES.**

### **1. POLÍTICA AGRÍCOLA Y PESQUERA.**

La política agrícola común de la UE cumple muchos objetivos:

- ayuda a los agricultores a **producir suficientes alimentos** para Europa
- garantiza que los alimentos sean **seguros** (por ejemplo, a través de la **trazabilidad**)
- protege a los agricultores de la excesiva **volatilidad de precios** y de las **crisis de mercado**
- les ayuda a **invertir en la modernización** de sus explotaciones
- mantiene **comunidades rurales** viables, con economías diversificadas
- crea y mantiene **puestos de trabajo** en la industria alimentaria
- protege el **medio ambiente** y el **bienestar de los animales**

El art. 4 del TFUE dispone que en el ámbito de la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos, la Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros.

Además, debe tenerse en cuenta que:

«Artículo 13

Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional.»

La política agrícola europea ha sufrido considerables transformaciones en los últimos años. La **producción mundial de alimentos deberá duplicarse** de aquí a 2050 para hacer frente al crecimiento de la población y al aumento del consumo de productos animales entre las personas que cuentan con más medios. Además, habrá que abordar las repercusiones del **cambio climático** (pérdida de biodiversidad, deterioro de la calidad del suelo y del agua, etc.) La política agrícola y pesquera consiste en **asesorar a los agricultores sobre la inversión y la innovación** necesarias para realizar esas tareas.

En el TFUE, la agricultura y la pesca están recogidas en el título III de su parte tercera:

#### «Artículo 38

1. La Unión definirá y aplicará una política común de agricultura y pesca.

El mercado interior abarcará la agricultura, la pesca y el comercio de los productos agrícolas. Por productos agrícolas se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de primera transformación directamente relacionados con aquéllos. Se entenderá que las referencias a la política agrícola común o a la agricultura y la utilización del término «agrícola» abarcan también la pesca, atendiendo a las características particulares de este sector.

2. Salvo disposición en contrario de los artículos 39 a 44, ambos inclusive, las normas previstas para el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior serán aplicables a los productos agrícolas.

3. Los productos a los que serán de aplicación los artículos 39 a 44, ambos inclusive, son los que figuran en la lista del anexo I.

4. El funcionamiento y desarrollo del mercado interior para los productos agrícolas deberán ir acompañados del establecimiento de una política agrícola común.

#### Artículo 39

1. Los objetivos de la política agrícola común serán:

a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el

desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra;

b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura;

c) estabilizar los mercados;

d) garantizar la seguridad de los abastecimientos;

e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables.

2. En la elaboración de la política agrícola común y de los métodos especiales que ésta pueda llevar consigo, se deberán tener en cuenta:

a) las características especiales de la actividad agrícola, que resultan de la estructura social de la agricultura y de las desigualdades estructurales y naturales entre las distintas regiones agrícolas;

b) la necesidad de efectuar gradualmente las oportunas adaptaciones;

c) el hecho de que, en los Estados miembros, la agricultura constituye un sector estrechamente vinculado al conjunto de la economía.

#### Artículo 40

1. Para alcanzar los objetivos previstos en el artículo 39, se crea una organización común de los mercados agrícolas.

Según los productos, esta organización adoptará una de las formas siguientes:

a) normas comunes sobre la competencia;

b) una coordinación obligatoria de las diversas organizaciones nacionales de mercado;

c) una organización europea del mercado.

2. La organización común establecida bajo una de las formas indicadas en el apartado 1

podrá comprender todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos definidos en el artículo 39, en particular, la regulación de precios, subvenciones a la producción y a la comercialización de los diversos productos, sistemas de almacenamiento y de compensación de remanentes, mecanismos comunes de estabilización de las importaciones o exportaciones.

La organización común deberá limitarse a conseguir los objetivos enunciados en el artículo 39 y deberá excluir toda discriminación entre productores o consumidores de la Unión.

Cualquier política común de precios deberá basarse en criterios comunes y en métodos uniformes de cálculo.

3. Para permitir que la organización común a que hace referencia el apartado 1 alcance sus objetivos, se podrán crear uno o más fondos de orientación y de garantía agrícolas.

#### Artículo 41

Para alcanzar los objetivos definidos en el artículo 39, podrán preverse, en el ámbito de la política agrícola común, medidas tales como:

- a) una eficaz coordinación de los esfuerzos emprendidos en los sectores de la formación profesional, investigación y divulgación de conocimientos agronómicos, que podrá comprender proyectos o instituciones financiados en común;
- b) acciones comunes para el desarrollo del consumo de determinados productos.

#### Artículo 42

Las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 43, teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 39.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá autorizar la concesión de ayudas:



- a) para la protección de las explotaciones desfavorecidas por condiciones estructurales o naturales;
- b) en el marco de programas de desarrollo económico.

#### Artículo 43

1. La Comisión presentará propuestas relativas a la elaboración y ejecución de la política agrícola común, incluida la sustitución de las organizaciones nacionales por alguna de las formas de organización común previstas en el apartado 1 del artículo 40, así como a la aplicación de las medidas especificadas en el presente título.

Tales propuestas deberán tener en cuenta la interdependencia de las cuestiones agrícolas mencionadas en el presente título.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, la organización común de los mercados agrícolas prevista en el apartado 1 del artículo 40, así como las demás disposiciones que resulten necesarias para la consecución de los objetivos de la política común de agricultura y pesca.

3. El Consejo, a propuesta de la Comisión, adoptará las medidas relativas a la fijación de los precios, las exacciones, las ayudas y las limitaciones cuantitativas, así como a la fijación y el reparto de las posibilidades de pesca.

4. En las condiciones previstas en el apartado 2, se podrá sustituir las organizaciones nacionales de mercado por la organización común prevista en el apartado 1 del artículo 40:

- a) cuando la organización común ofrezca a los Estados miembros que se opongan a esta medida y dispongan de una organización nacional para la producción de que se trate garantías equivalentes para el empleo y el nivel de vida de los productores interesados, teniendo en cuenta el ritmo de las posibles adaptaciones y de las necesarias especializaciones; y

b) cuando dicha organización asegure a los intercambios dentro de la Unión condiciones análogas a las existentes en un mercado nacional.

5. En caso de crearse una organización común para determinadas materias primas, sin que exista todavía una organización común para los correspondientes productos transformados, tales materias primas utilizadas en los productos transformados destinados a la exportación a terceros países podrán ser importadas del exterior de la Unión.

#### Artículo 44

Cuando en un Estado miembro un producto esté sujeto a una organización nacional de mercado o a cualquier regulación interna de efecto equivalente que afecte a la situación competitiva de una producción similar en otro Estado miembro, los Estados miembros aplicarán un gravamen compensatorio a la entrada de este producto procedente del Estado miembro que posea la organización o la regulación anteriormente citadas, a menos que dicho Estado aplique ya un gravamen compensatorio a la salida del producto.

La Comisión fijará el importe de dichos gravámenes en la medida necesaria para restablecer el equilibrio, pudiendo autorizar igualmente la adopción de otras medidas en las condiciones y modalidades que determine.»

Para materializar estos propósitos, la Unión dispone de una serie de instrumentos especializados, como son el Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader), junto con el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (Feaga), así como con el Fondo Europeo de Pesca (FEP).

Mediante el Reglamento (UE) 1306/2013, de 17 de diciembre, de financiación, gestión y seguimiento de la política agrícola común, por el que se derogan los reglamentos (CE) núm. 352/78, (CE) núm. 165/94, (CE) núm. 2799/98, (CE) núm. 814/2000, (CE) núm. 1290/2005 y (CE) núm. 485/2008 del Consejo, se afrontó una reforma en profundidad de la PAC. En su artículo 3 se regulan los fondos de financiación del gasto agrícola en los siguientes términos:

*"1. Para alcanzar los objetivos de la PAC establecidos en el TFUE, la financiación de las*

*distintas medidas a que se extiende esta política, incluidas las de desarrollo rural, se efectuará mediante:*

*a) el Fondo Europeo Agrícola de Garantía (Feaga)*

*b) el y Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader)*

*2. El Feaga y el Feader (en lo sucesivo, los «Fondos») constituirán partes del presupuesto general de la Unión Europea (el presupuesto de la Unión)».*

En relación con el Feaga, el artículo 4 (Gastos del Feaga) dispone:

*“1. El Feaga se ejecutará mediante gestión compartida entre los Estados miembros y la Unión y financiará los gastos siguientes, que deberán efectuarse de acuerdo con la legislación de la Unión:*

*a) las medidas destinadas a la regulación o apoyo de los mercados agrarios;*

*b) pagos directos a los agricultores en el marco de la PAC;*

*c) la participación financiera de la Unión para medidas de información y promoción de los productos agrícolas en el mercado interior de la Unión y en los terceros países realizadas por mediación de los Estados miembros y basadas en programas distintos de los que se mencionan en el artículo 5, y que son elegidos por la Comisión;*

*d) la participación financiera de la Unión en el plan de consumo de fruta y hortalizas en las escuelas de la Unión a que se refiere el artículo 23 del Reglamento (UE) nº 1308/2013 y en las medidas relacionadas con las enfermedades animales y la pérdida de confianza de los consumidores a que se refiere el artículo 155 del mencionado reglamento.*

*2. El Feaga financiará los gastos siguientes de forma directa y de conformidad con la legislación de la Unión:*

*a) la promoción de productos agrícolas efectuada directamente por la Comisión o a través de organizaciones internacionales;*

*b) las medidas, adoptadas de conformidad con la legislación de la Unión, destinadas a*

*garantizar la conservación, la caracterización, la recogida y la utilización de recursos genéticos en agricultura;*

*c) la creación y mantenimiento de los sistemas de información contable agraria;*

*d) los sistemas de investigación agraria, incluida la investigación sobre la estructura de las explotaciones agrarias".*

Por su parte, el artículo 5 dispone respecto del Feader:

*"El Feader financiará, en gestión compartida entre los Estados miembros y la Unión. Financiará la contribución financiera de la Unión en favor de los programas de desarrollo rural ejecutados de conformidad con el derecho de la Unión relativo a la ayuda al desarrollo rural".*

Finalmente, con carácter común a ambos fondos, el artículo 6 determina que *"los Fondos, cada uno en el ámbito de sus competencias, podrán financiar, de forma directa, a iniciativa de la Comisión o por cuenta propia, las medidas de preparación, seguimiento, actividades de asistencia administrativa y técnica, así como las medidas de evaluación, auditoría y control necesarias para la aplicación de la PAC".*

Cabe añadir que, a diferencia del Feaga, de acuerdo con el artículo 30 del Reglamento (Prohibición de una doble financiación), *"los gastos financiados con arreglo al Feader no podrán optar a ninguna otra financiación con cargo al presupuesto de la Unión".*

Por su parte el Reglamento (UE) 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y por el que deroga el Reglamento (CE) núm. 1698/2005 del Consejo, en línea con lo ya indicado, determina en su considerando 2:

*"(2) Es preciso establecer una política de desarrollo rural para acompañar y completar los pagos directos y las medidas de mercado de la PAC y contribuir de este modo a conseguir los objetivos establecidos en el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"). Dicha política de desarrollo rural también debe integrar los importantes objetivos estratégicos enunciados en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010,*

*titulada «Europa 2020». Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» (la «Estrategia Europa 2020») y debe ser coherente con los objetivos generales de cohesión económica y social establecidos en el TFUE».*

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 3 (Misión):

*"El Feader contribuirá a la Estrategia Europa 2020 fomentando un desarrollo rural sostenible en toda la Unión como complemento de los demás instrumentos de la PAC, la política de cohesión y la política pesquera común. Contribuirá al desarrollo en la Unión de un sector agrícola más equilibrado desde la óptica territorial y medioambiental, más respetuoso con el clima, más resistente a los cambios climáticos, más competitivo y más innovador. También debe contribuir al desarrollo de los territorios rurales".*

Por su parte, el artículo 4 fija los objetivos de este Fondo, determinando:

*"En el marco general de la PAC, la ayuda al desarrollo rural, incluidas las actividades en el sector alimentario, así como en el sector no alimentario y en el forestal, contribuirá a lograr los siguientes objetivos:*

- a) fomentar la competitividad de la agricultura;*
- b) garantizar la gestión sostenible de los recursos naturales y la acción por el clima;*
- c) lograr un desarrollo territorial equilibrado de las economías y comunidades rurales incluyendo la creación y conservación del empleo.*

Estos objetivos deben completarse con las prioridades de desarrollo rural de la Unión definidas en el artículo 5:

*"Los objetivos de desarrollo rural, que contribuyen a la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, se enmarcarán en las seis prioridades siguientes de desarrollo rural de la Unión, que reflejan los objetivos temáticos correspondientes del MEC:*

- 1) Fomentar la transferencia de conocimientos e innovación en los sectores agrario y forestal y en las zonas rurales, (...).*

*2) Mejorar la viabilidad de las explotaciones agrarias y la competitividad de todos los tipos de agricultura en todas las regiones, y promover las tecnologías agrícolas innovadoras y la gestión forestal sostenible (...).*

*3) Fomentar la organización de la cadena alimentaria, incluyendo la transformación y comercialización de los productos agrarios, el bienestar animal y la gestión de riesgos en el sector agrario, (...).*

*4) Restaurar, preservar y mejorar los ecosistemas relacionados con la agricultura y la silvicultura, (...).*

*5) Promover la eficiencia de los recursos y fomentar el paso a una economía baja en carbono y capaz de adaptarse al cambio climático en los sectores agrario, alimentario y forestal, (...).*

*6) Fomentar la inclusión social, la reducción de la pobreza y el desarrollo económico en las zonas rurales, (...).*

*Todas estas prioridades contribuirán a los objetivos transversales de innovación, medio ambiente, mitigación del cambio climático y adaptación al mismo”.*

El Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP) es creado por el Reglamento (UE) 508/2014 del Parlamento y del Consejo Europeo, de 15 de mayo, relativo al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, y por el que se derogan los reglamentos (CE) núm. 2328/2003, (CE) núm. 861/2006, (CE) núm. 1198/2006, y (CE) núm. 791/2007, del Consejo, y el Reglamento (UE) núm. 1255/2011. Este reglamento responde en sus objetivos a la reforma de la política pesquera común operada por el Reglamento (UE) nº 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, en línea con los retos, objetivos y orientaciones fijados en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de julio de 2011, titulada «Reforma de la política pesquera común».

De acuerdo con el artículo 1 del Reglamento (UE) 508/2014 del Parlamento y del Consejo Europeo, de 15 de mayo, del Fondo Europeo Marítimo y de Pesca (FEMP):

*"El presente reglamento establece las medidas financieras de la Unión para la aplicación:*

- a) de la política pesquera común (PPC),*
- b) de las medidas pertinentes relativas al derecho del mar,*
- c) del desarrollo sostenible de las zonas pesqueras y acuícolas y de la pesca interior, y*
- d) de la política marítima integrada (PMI)".*

El artículo 5 define los objetivos del FEMP:

*"El FEMP contribuirá al logro de los objetivos siguientes:*

- a) fomentar una pesca y una acuicultura competitivas, medioambientalmente sostenibles, económicamente viables y socialmente responsables;*
- b) impulsar la aplicación de la PPC;*
- c) fomentar un desarrollo territorial equilibrado e integrador de las zonas pesqueras y acuícolas;*
- d) impulsar el desarrollo y la aplicación de la PMI de la Unión de forma complementaria a la política de cohesión y a la PPC.*

*La persecución de dichos objetivos no debe resultar en un aumento de la capacidad pesquera".*

Según la medida financiada se aplicará el principio de gestión compartida o el principio de gestión directa. Así, de acuerdo con el artículo 7.1, el FEMP financiará de conformidad con el principio de gestión compartida entre la Unión y los Estados miembros y con las normas comunes previstas en el Reglamento (UE) nº 1303/2013, las siguientes medidas:

- Desarrollo sostenible de la pesca.
- Desarrollo sostenible de la acuicultura.
- Desarrollo sostenible de las zonas pesqueras y acuícolas.

- Medidas relacionadas con la comercialización y la transformación.
- Compensación de los costes adicionales que entrañen los productos de la pesca y la acuicultura en las regiones ultraperiféricas.
- Medidas complementarias de la PPC (política pesquera común) en régimen de gestión compartida.
- Asistencia técnica por iniciativa de los Estados miembros.
- Medidas de la PMI ("política marítima integrada") financiadas en régimen de gestión compartida.

Conforme al apartado 2 del mismo artículo 7, financiará, de acuerdo con el principio de gestión directa, las siguientes medidas:

- Política marítima integrada.
- Medidas complementarias de la PPC y la PMI en régimen de gestión directa.
- Asistencia técnica.

## **2. OTRAS POLÍTICAS COMUNES.**

De entre las restantes políticas públicas asumidas por la Unión cabe destacar una que, según el artículo 3.1.b) del TFUE –Normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior-, es competencia exclusiva de la Unión y otra que, a tenor del artículo 4.2.e) –Medio ambiente- del mismo Tratado, es competencia compartida entre la Unión y sus Estados.

En efecto, el citado artículo 3.1.b) TFUE dispone:

«Artículo 3

1. La Unión dispondrá de competencia exclusiva en los ámbitos siguientes:

a) la unión aduanera;



b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; (...)».

La trascendencia de la regulación de la competencia empresarial en el seno del mercado interior europeo se comprende no sólo por su enorme calado económico, sino también por su carácter transversal y llave para la materialización de otras políticas públicas, en especial dentro de la acción pública de fomento.

Dentro del título VII de la parte tercera del TFUE –Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones-, se encuentra el capítulo 1 –Normas sobre competencia-, a su vez dividido en dos secciones: sección primera –Disposiciones aplicables a las empresas- y sección segunda –Ayudas otorgadas por los Estados-.

En cuanto a las disposiciones aplicables a las empresas, la reseñada sección primera nos dice:

«Artículo 101 (antiguo artículo 81 TCE)

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no

guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,
- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,
- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

- a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;
- b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

## Artículo 102

Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
- b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

- c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

#### Artículo 103

1. El Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará los reglamentos o directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102.
2. Las disposiciones a que se refiere el apartado 1 tendrán especialmente por objeto:
  - a) garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 101 y en el artículo 102, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas;
  - b) determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 101, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de asegurar una vigilancia eficaz y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo;
  - c) precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 101 y 102;
  - d) definir las respectivas funciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la aplicación de las disposiciones establecidas en el presente apartado;
  - e) definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y las disposiciones de la presente sección y las adoptadas en aplicación del presente artículo, por otra.»

#### «Artículo 105

1. (...) la Comisión velará por la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 y 102. A instancia de un Estado miembro o de oficio, y en colaboración con las

autoridades competentes de los Estados miembros, que le prestarán su asistencia, la Comisión investigará los casos de supuesta infracción de los principios antes mencionados. Si comprobare la existencia de una infracción, propondrá las medidas adecuadas para poner término a la misma.

2. En caso de que no se ponga fin a tales infracciones, la Comisión hará constar su existencia mediante una decisión motivada. Podrá publicar dicha decisión y autorizar a los Estados miembros para que adopten las medidas necesarias, en las condiciones y modalidades que ella determine, para remediar esta situación.

3. La Comisión podrá adoptar reglamentos relativos a las categorías de acuerdos sobre las que el Consejo haya adoptado un reglamento o una directiva con arreglo a la letra b) del apartado 2 del artículo 103.»

En lo concerniente a la regulación por el TFUE de las ayudas otorgadas por los Estados a las empresas, debe considerarse su particular trascendencia al limitar o condicionar la acción administrativa de fomento, fundamentalmente en lo que atañe al otorgamiento de subvenciones y otras modalidades de estímulo empresarial. Así, el TFUE establece al respecto:

#### «Artículo 107

1. Salvo que los tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

2. Serán compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra.

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;

b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;

c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;

e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión tomada a propuesta de la Comisión.

## Artículo 108

1. La Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado interior.

2. Si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado interior en virtud del artículo 107, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

Si el Estado de que se trate no cumpliera esta decisión en el plazo establecido, la Comisión o cualquier otro Estado interesado podrá recurrir directamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no obstante lo dispuesto en los artículos 258 y 259.

A petición de un Estado miembro, el Consejo podrá decidir, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 107 o en los reglamentos previstos en el artículo 109, que la ayuda que ha concedido o va a conceder dicho Estado sea considerada compatible con el mercado interior, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión hubiere iniciado el procedimiento previsto en el párrafo primero del presente apartado, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión.

Sin embargo, si el Consejo no se hubiere pronunciado dentro de los tres meses siguientes a la petición, la Comisión decidirá al respecto.

3. La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación, para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado interior con arreglo al artículo 107, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva.»

En materia medioambiental, el título XX de la parte tercera del TFUE incorpora estos preceptos:

«Artículo 191 (antiguo artículo 174 TCE)

1. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos:

- la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente,
- la protección de la salud de las personas,
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales,
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales o mundiales del medio ambiente. y en particular a luchar contra el cambio climático.

2. La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Unión. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de que quien contamina paga.

En este contexto, las medidas de armonización necesarias para responder a exigencias de la protección del medio ambiente incluirán, en los casos apropiados, una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión.

3. En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta:

- los datos científicos y técnicos disponibles,
- las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión,
- las ventajas y las cargas que puedan resultar de la acción o de la falta de acción,
- el desarrollo económico y social de la Unión en su conjunto y el desarrollo equilibrado de sus regiones.

4. En el marco de sus respectivas competencias, la Unión y los Estados miembros cooperarán con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes. Las modalidades de la cooperación de la Unión podrán ser objeto de acuerdos entre ésta y las terceras partes interesadas.

El párrafo precedente se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar en las instituciones internacionales y para concluir acuerdos internacionales.

#### Artículo 192

1. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, decidirá las acciones que deba emprender la Unión para la realización de los objetivos fijados en el artículo 191.

2. No obstante el procedimiento de toma de decisiones contemplado en el apartado 1, y sin perjuicio del artículo 114, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptará:

a) disposiciones esencialmente de carácter fiscal;

b) las medidas que afecten a:

— la ordenación territorial;

— la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos;

— la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos;

c) las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético.



El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrá disponer que el procedimiento legislativo ordinario sea aplicable a los ámbitos mencionados en el párrafo primero.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, programas de acción de carácter general que fijen los objetivos prioritarios que hayan de alcanzarse.

Las medidas necesarias para la ejecución de dichos programas se adoptarán de conformidad con las condiciones contempladas en el apartado 1 o en el apartado 2, según proceda.

4. Sin perjuicio de determinadas medidas adoptadas por la Unión, los Estados miembros tendrán a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente.

5. Sin perjuicio del principio de que quien contamina paga, cuando una medida adoptada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 implique costes que se consideren desproporcionados para las autoridades públicas de un Estado miembro, dicha medida establecerá las disposiciones adecuadas en forma de:

- excepciones de carácter temporal,
- apoyo financiero con cargo al Fondo de Cohesión creado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177, o ambas posibilidades.

Artículo 193 (antiguo artículo 176 TCE)

Las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 192 no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección. Dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados y se notificarán a la Comisión.»

**JOSÉ MANUEL BLANCO GONZÁLEZ**

LIC. EN CC. POLÍTICAS Y DE LA ADMÓN.

(ESPECIALIDAD *RELACIONES INTERNACIONALES*).

LIC. EN CC. ECONÓMICAS

LIC. EN DERECHO

**REVISADO POR ISABEL TORRALBA**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

**REVISADO POR MANUEL TOMÁS FUERTES CARBALLEIRA**

LETRADO DE LA XUNTA DE GALICIA

## **BIBLIOGRAFÍA:**

- Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.
- Reglamento (UE) 1306/2013, de 17 de diciembre, de financiación, gestión y seguimiento de la política agrícola común, por el que se derogan los reglamentos (CE) núm. 352/78, (CE) núm. 165/94, (CE) núm. 2799/98, (CE) núm. 814/2000, (CE) núm. 1290/2005 y (CE) núm. 485/2008 del Consejo.
- Reglamento (UE) 1305/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, relativo a la ayuda al desarrollo rural a través del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) y por el que deroga el Reglamento (CE) núm. 1698/2005 del Consejo.
- Reglamento (UE) 508/2014 del Parlamento y del Consejo Europeo, de 15 de mayo, relativo al Fondo Europeo Marítimo y de Pesca, y por el que se derogan los

reglamentos (CE) núm. 2328/2003, (CE) núm. 861/2006, (CE) núm. 1198/2006, y (CE) núm. 791/2007, del Consejo, y el Reglamento (UE) núm. 1255/2011.

- La reforma del artículo 135 de la Constitución: Estabilidad presupuestaria y deuda pública. Fernando de la Hucha Celador. Revista Española de Derecho Financiero núm. 153/2012.

## **TEMA 1**

# **LA LEY DE RÉGIMEN FINANCIERO Y PRESUPUESTARIO DE GALICIA. PRINCIPIOS GENERALES. EL CONTENIDO DE LA HACIENDA DE LA COMUNIDAD.**

## **TEMA 1. LA LEY DE RÉGIMEN FINANCIERO Y PRESUPUESTARIO DE GALICIA. PRINCIPIOS GENERALES. EL CONTENIDO DE LA HACIENDA DE LA COMUNIDAD.**

La primera ley gallega de gestión económica y financiera fue la Ley 3/1984, de 3 de abril, aprobada como consecuencia de la autonomía financiera que reconoce a la Comunidad Autónoma de Galicia la Constitución española de 1978 y el Estatuto de autonomía gallego. Ambas normas reconocen la autonomía financiera con la posibilidad de disponer de recursos propios y la capacidad para administrarlos y gestionarlos, incluyendo la confección de un presupuesto y su posterior ejecución.

El Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, aprueba el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, para recoger todas las sucesivas modificaciones realizadas a la Ley 11/1992, tanto a través de las leyes de presupuestos como de acompañamiento.

### **Estructura y contenido del texto refundido.**

El vigente texto tiene la siguiente estructura:

- Un título preliminar.
- 6 títulos.
- 126 artículos.
- 4 disposiciones adicionales (la disposición adicional 4ª fue derogada por la Ley 9/2007, de 13 de junio).
- 1 disposición derogatoria.

En el título preliminar se desarrolla una serie de principios generales, así como las competencias de los distintos órganos y organismos de la Xunta de Galicia en materia económica y presupuestaria. También se regulan de manera superficial los organismos autónomos, las sociedades públicas autonómicas y los convenios con otras comunidades para la prestación de servicios de exclusiva competencia de las mismas.

El título I se refiere al contenido de la Hacienda pública y se divide en dos capítulos, uno

dedicado a los recursos de la Comunidad Autónoma y otro a las obligaciones.

El título II se refiere a las operaciones de endeudamiento. Regula, por tanto, los capitales tomados a préstamo por la Xunta o por sus organismos autónomos y las garantías y avales que la Comunidad Autónoma puede prestar.

El título III regula los presupuestos generales, en concreto, su elaboración, contenido, forma de aprobación, estructura, competencias de las consellerías, prórroga, créditos y sus modificaciones. Es decir, se regula la aprobación, desarrollo y liquidación de los presupuestos.

El título IV se dedica al Tesoro, regulando su concepto, funciones, situación de los fondos de los organismos autónomos e ingresos y medios de pago.

El título V trata del control interno y de la contabilidad. Regula, en su capítulo primero, la función interventora previa, con sus principios y normas de actuación y el control financiero, que tiene la finalidad de procurar que la gestión económico-financiera del sector público gallego se adecue a los principios de legalidad, economía, eficacia y eficiencia.

Por su parte, el capítulo segundo se dedica a la contabilidad.

Por último, el título VI regula las responsabilidades en que pueden incurrir las autoridades y funcionarios en la gestión de fondos públicos, tipificando las infracciones que pueden cometerse.

### **Los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma. Concepto.**

De acuerdo con el artículo 46 del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, se definen los presupuestos como la expresión cifrada conjunta y sistemática:

- a) De las obligaciones que, como máximo, se podrán reconocer y de los derechos que se prevea liquidar por parte de la Comunidad y de sus organismos autónomos durante el ejercicio presupuestario.
- b) De los objetivos que se pretendan alcanzar con la utilización de los recursos financieros consignados en ellos.

- c) De las estimaciones de los flujos financieros de las sociedades públicas.
- d) De la totalidad de los ingresos y gastos de los demás entes públicos.
- e) De los beneficios fiscales estimados.

### **Principios generales.**

Respecto de los presupuestos, la ley recoge varios principios de los denominados clásicos, con sus correspondientes evoluciones sobre el concepto inicial.

### **Principio de equilibrio.**

El artículo 46.3 del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario establece que los presupuestos de la Comunidad Autónoma se presentarán y aprobarán de forma que los estados de gastos no superen los recursos totales previstos en los respectivos estados de ingresos.

### **Principio de anualidad.**

Con independencia de que los presupuestos de la Comunidad Autónoma deban enmarcarse en un escenario plurianual, que contenga las líneas básicas de actuación a medio plazo del sector público gallego, el ejercicio presupuestario, tal y como establece el artículo 47 del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario, coincidirá con el año natural y a él se imputarán:

1. Los derechos liquidados a lo largo del año, cualquiera que sea el período a que correspondan.
2. Las obligaciones reconocidas hasta el 31 de diciembre del correspondiente ejercicio, como consecuencia de adquisiciones, obras, suministros, prestación de servicios u otro tipo de gastos realizados con cargo a los créditos respectivos dentro del correspondiente año natural.

Este principio vuelve a enunciarse en el artículo 60, que establece:

- a. Una regla general en su apartado primero: "Con cargo a los créditos consignados en los estados de gastos sólo podrán contraerse obligaciones derivadas de adquisiciones, obras, prestaciones de servicios y demás gastos en general que fuesen realizados en el año natural del correspondiente ejercicio presupuestario".

b. Una excepción en su apartado segundo: "Sin embargo, se aplicarán a los créditos del presupuesto vigente en el momento de la expedición de las órdenes de pago las siguientes obligaciones:

- Las que resulten del reconocimiento y de la liquidación de los atrasos a favor del personal que perciba sus retribuciones con cargo a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.
- Las derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores.
- Las que tengan su origen en sentencias judiciales.

En aquellos casos en los que no exista crédito adecuado en el ejercicio corriente, por iniciativa de la consellería correspondiente o de la persona titular de la consellería competente en materia de Hacienda se podrán determinar los créditos a los que se deberán imputar los pagos de estas obligaciones."

Otra importante excepción al principio de anualidad es la recogida en el artículo 58 del texto refundido, que regula la posibilidad de asumir gastos plurianuales, al establecer:

a) "Podrán asumirse compromisos de gasto de carácter plurianual, aunque su ejecución deba iniciarse en el ejercicio siguiente, cuando su contenido coincida con los que se especifican a continuación:

- Inversiones y transferencias de capital.
- Transferencias corrientes derivadas de normas con rango de ley, o que se concedan a través de convocatoria o de firma de convenios, después de la autorización del compromiso plurianual por parte del Consello de la Xunta.
- Gastos en bienes y servicios cuando su contratación, de acuerdo con la Ley de contratos del sector público, no pueda ser estipulada o resulte antieconómica por un plazo que sólo comprenda un ejercicio presupuestario.
- Arrendamientos de bienes inmuebles que vayan a ser utilizados por organismos o servicios de la Comunidad Autónoma.
- Cargas financieras derivadas de operaciones de endeudamiento de la Comunidad o



de sus organismos autónomos.

- Activos financieros.
- Convenios con universidades y otras instituciones o centros docentes cuando aquellas deban ejecutarse durante cursos académicos coincidentes con dos ejercicios presupuestarios.
- b) La autorización o realización de los gastos de carácter plurianual se subordinará a los créditos que para el ejercicio se consignen en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.
- c) El número de ejercicios a los que se pueden aplicar los gastos incluidos en las letras a), b), c), f) y g) del número 1 no podrá ser superior a cuatro.

El gasto que en estos casos se comprometa con cargo a ejercicios futuros no podrá exceder el resultado de aplicar al crédito inicial, a nivel de concepto, los siguientes porcentajes: en el ejercicio inmediato siguiente, el 70 %; en el segundo ejercicio, el 60% y en los ejercicios tercero y cuarto, el 50 %. Tampoco podrá ser inferior al 10% del importe total del expediente de gasto, en ninguno de los años a los que se extienda su ejecución material excepto, en su caso, en el último ejercicio.

El total de los importes comprometidos con cargo a ejercicios futuros en el conjunto de los conceptos que definen un nivel de vinculación no podrá superar los porcentajes arriba indicados, calculados sobre el crédito inicial de ese conjunto de conceptos.

En los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de pago total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10 % del importe de adjudicación, en el momento en que ésta se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en el que se prevea realizar el pago de la certificación final. Estas retenciones computarán dentro de los porcentajes establecidos en este artículo.

d) ....

e) ....

f) El Consello de la Xunta, a propuesta de la persona titular del departamento competente en materia de Hacienda, podrá modificar los porcentajes señalados en el número 3 de este artículo y los importes que se fijen conforme a lo dispuesto en el número 5, así como modificar el número de anualidades en casos especialmente justificados, a petición de la correspondiente consellería y después de los informes que se juzguen oportunos y, en todo caso, del de la dirección general competente en materia de presupuestos.

### **Principio de integridad.**

Los derechos liquidados y las obligaciones reconocidas se aplicarán a los presupuestos por su importe íntegro, quedando prohibido atender a las obligaciones mediante minoración de los derechos a liquidar o ya ingresados, a no ser por autorización expresa de la ley.

Se exceptúan las devoluciones de ingresos indebidos, que se declararán como tales por la autoridad o tribunal competente. Se entenderá por importe íntegro el que resulte después de aplicar los beneficios tributarios que sean procedentes, los cuales serán objeto de contabilización independiente.

### **Principio de especificación y carácter limitativo de los créditos.**

Los créditos consignados en los estados de gastos se destinarán exclusivamente a las finalidades específicas para las que están autorizados por la Ley de presupuestos o por las modificaciones aprobadas de acuerdo con las reglas previstas en el articulado del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, tal y como establece el artículo 56 de esta norma.

Así mismo, en su apartado segundo, este artículo 56 dispone que los créditos autorizados en los programas de gastos tienen carácter limitativo y vinculante a nivel de concepto. Sin embargo, los créditos destinados a gastos de personal, excepto los que se refieren a incentivos al rendimiento, y los gastos en bienes corrientes y servicios tendrán carácter vinculante a nivel de artículo.

Prevé la ley que en los servicios transferidos del INSALUD, hoy SERGAS, se apliquen estas normas adaptándolas a su estructura peculiar.

Por último, el artículo 56, en su apartado cuarto, establece que, en todo caso, tendrán

carácter vinculante, con el nivel de desglose económico con el que aparezcan en los estados de gastos, los créditos destinados a atenciones protocolarias y representativas y los declarados ampliables.

Como consecuencia del carácter limitativo de los presupuestos, el artículo 57 establece la nulidad de las obligaciones en los casos en los que se hayan adquirido compromisos de gasto por cuantía superior al importe de los créditos consignados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a la ley que infrinjan esta norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar.

Se prevé una excepción para aquellos compromisos de gastos que reglamentariamente se determinen, cuando la imputación corresponda a créditos ampliables o que se adquieran como consecuencia de las necesidades propias del normal funcionamiento de los servicios y su importe exacto sea difícil de calcular por corresponder a obligaciones de tracto sucesivo.

### **Contenido de los presupuestos generales de la CA.**

Los presupuestos de la Comunidad Autónoma estarán integrados: (artículo 48)

- a. Por el presupuesto de la Comunidad.
- b. Por los presupuestos de los organismos autónomos.
- c. Por los presupuestos de explotación y capital de las sociedades públicas.
- d. Por los presupuestos de los demás entes públicos a que hace referencia el artículo 12 del texto refundido.

Los presupuestos generales contendrán:

- Los estados de gastos (de la Administración general y organismos autónomos de carácter administrativo), en los que se especificarán, en la forma establecida, los créditos necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones de contenido económico.
- Los estados de ingresos, en los que se detallarán las estimaciones de los derechos económicos que se liquidarán durante el ejercicio presupuestario.
- Los estados financieros de los organismos autónomos comerciales, industriales o

financieros a que hace referencia el artículo 11 del texto refundido.

- Los estados financieros de las sociedades públicas.

Por lo que respecta a su estructura, el artículo 49 establece que los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se ajustarán a las siguientes reglas:

#### Primera

1. Los estados de gastos se confeccionarán aplicando una clasificación funcional por programas. Así mismo, las clasificaciones orgánica y económica informarán, respectivamente, sobre el agente que realiza el gasto y su naturaleza.
2. Para cada programa de gastos se establecerán los objetivos que se pretendan conseguir, con los recursos que se le asignen, así como, siempre que sea posible, los indicadores de seguimiento que se consideren adecuados para analizar el grado de consecución de los objetivos.
3. Se presentarán con separación los gastos corrientes y los gastos de capital y su clasificación económica se regirá por los siguientes criterios:
  - a) En los créditos para gastos corrientes se distinguirán los de funcionamiento de los servicios, los gastos financieros y las transferencias corrientes.
  - b) En los créditos para gastos de capital se distinguirán los de inversiones reales, las transferencias de capital y las variaciones de activos y pasivos financieros.

#### Segunda

Los estados de ingresos presentarán una clasificación económica distinguiendo los correspondientes a operaciones corrientes y a operaciones de capital.

#### **Elaboración y aprobación de los presupuestos.**

De acuerdo con el artículo 51 del texto refundido:

“El procedimiento para la elaboración de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se ajustará a las siguientes normas:

1. Los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma y las consellerías remitirán a la de Economía y Hacienda (hoy Hacienda), antes del 1 de julio, sus respectivos

estados de gastos debidamente documentados y ajustados a las normas que les sean aplicables y a las directrices de la Xunta.

2. Dentro del mismo plazo y con las mismas formalidades indicadas, cada una de las consellerías remitirá:

- Los anteproyectos de presupuestos de gastos e ingresos de los organismos autónomos que tenga adscritos, formando un solo presupuesto para cada organismo, incluyendo en los que tengan carácter comercial, industrial, financiero o análogo los estados financieros a los que hace referencia el artículo 82 de la presente ley.
- Los anteproyectos de presupuestos de ingresos y gastos de los entes públicos a los que hace referencia el artículo 12 de esta ley y que tengan adscritos.
- Los anteproyectos de presupuestos de explotación y capital de las sociedades públicas que tengan adscritas.

3. El anteproyecto de presupuestos de ingresos de la Comunidad Autónoma en el que se recoja la estimación de los recursos derivados de sus fuentes de financiación será elaborado por la Consellería de Economía y Hacienda.

4. Teniendo en cuenta los estados de ingresos y gastos mencionados y el marco macroeconómico en el que se contenga la previsible actividad económica del ejercicio presupuestario siguiente, la consellería formulará el anteproyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma y lo someterá al acuerdo de la Xunta.

5. Con el anteproyecto de la ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se remitirá al Consello de la Xunta la siguiente documentación:

1. La cuenta consolidada de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.
2. Una memoria explicativa de su contenido y de las principales diferencias existentes en ellos en relación con los presupuestos en vigor.
3. La liquidación de los presupuestos del año anterior y un avance de los del ejercicio corriente.

4. Un informe económico y financiero.
5. Un anexo de inversiones reales, que contendrá la valoración de los proyectos de inversión pública que se van a realizar y su distribución territorial. En el caso de inversiones plurianuales, se indicará la inversión de cada año. Dentro del citado anexo de inversiones reales se diferenciarán los proyectos de inversión en vinculantes y no vinculantes. Los créditos destinados a los proyectos de inversión a los que se les confiera el carácter de vinculantes no podrán destinarse a la financiación de otros proyectos, excepto por autorización de la persona titular de la consellería competente en materia de hacienda. Trimestralmente se le comunicará a la Comisión 3ª (Hacienda y presupuestos) del Parlamento de Galicia la relación de las autorizadas, en el caso de haberlas.
6. Un anexo de transferencias.
7. Un anexo de personal.

El proyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma, junto con la documentación anteriormente enumerada, deberá ser remitido al Parlamento de Galicia antes del día 20 de octubre. Se remitirán igualmente al Parlamento de Galicia los presupuestos de las diputaciones provinciales.

El texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia prevé la posibilidad de la prórroga de los presupuestos en su artículo 54, estableciendo:

“Sí la ley de presupuestos generales no fuese aprobada por el Parlamento de Galicia antes del primer día del ejercicio económico en el que tenga que aplicarse, se considerarán automáticamente prorrogados los del ejercicio inmediato anterior.

– La Consellería de Economía y Hacienda podrá elaborar, en su caso, los correspondientes estados de gastos, en los que se detallarán los importes de los créditos prorrogados y los del ejercicio inmediatamente anterior. Los citados importes serán el resultado de realizar en los créditos iniciales del presupuesto prorrogado las operaciones siguientes:

- a. Se excluirán aquellos gastos que correspondan a actuaciones que deban quedar terminadas al finalizar el ejercicio de los presupuestos que se

prorrogan, así como aquellos que no se consideren necesarios para el ejercicio que se inicia.

b. En los indicados estados de gastos se incluirán aquellos créditos que correspondan a actuaciones de urgente iniciación o cobertura, siempre que tengan cabida dentro de las bajas motivadas en la letra a) anterior.

c. La persona titular de la Consellería de Hacienda determinará qué modificaciones presupuestarias de las realizadas durante el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan se consolidarán en los estados de gastos a que hace referencia el apartado a).

– Durante el período de prórroga serán aplicables a los estados de gastos resultantes de lo dispuesto en el número anterior las disposiciones del capítulo II de este título III.

– Una vez aprobados los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma, se imputarán a estos las operaciones realizadas durante el período de prórroga, de acuerdo con las instrucciones que al efecto dicte la Consellería de Hacienda. En el caso de no existir en los presupuestos aprobados créditos a los que imputar los expedientes de gasto tramitados durante el período de prórroga, la consellería o el organismo autónomo afectado propondrán a la Consellería de Hacienda aquellos créditos del presupuesto aprobado con cargo a los cuales deberá efectuarse la imputación.

– La Consellería de Hacienda confeccionará, así mismo, los estados de ingresos que tendrán vigencia durante el período de prórroga y que se elaborarán en función de las previsiones que puedan derivarse bien de la liquidación de los presupuestos del ejercicio prorrogado o de cualquier otro dato válido para sustentar las citadas previsiones, siempre que no supongan la introducción de ningún cambio en la normativa legal vigente durante el ejercicio cuyo presupuesto se prorroga.

– El texto de la ley de presupuestos correspondiente a los que se prorrogan también se prorrogará en sus propios términos, excepto aquellas disposiciones que por sus propias características solamente pudiesen tener vigencia exclusiva durante el respectivo año natural.

## **EL CONTROL PRESUPUESTARIO.**

La actividad financiera que desarrolla la Hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Galicia debe estar sometida a un procedimiento de supervisión que garantice que la distribución y gestión de los recursos públicos se realice teniendo en cuenta criterios de eficacia y eficiencia. Además, este procedimiento permitirá controlar que la acción de Gobierno se haga conforme a los principios de equidad, solidaridad y equilibrio territorial, todo lo anterior tal y como exige el artículo 2 del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre (en adelante, TRLRFO).

Esa actividad de supervisión es lo que podemos denominar como “control presupuestario”.

Los anteriores fines y concepto se completan con los “principios presupuestarios y de control” que recoge el artículo 4 del TRLRFO:

“1. La actividad económico-financiera de la Comunidad Autónoma de Galicia estará sometida al régimen de presupuesto anual y a los principios de control interno, de contabilidad y de unidad de caja que se determinan en la presente ley.

2. Todas las actividades que den lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico o al manejo de fondos públicos deberán estar controladas o intervenidas conforme a las normas de esta ley y sometidas al régimen de rendimiento de cuentas al Consejo de Cuentas y al Tribunal de Cuentas, de acuerdo con las disposiciones que los regulan.

3. La Intervención General de la Comunidad Autónoma será el órgano encargado de la ejecución de las funciones de control interno y de contabilidad reguladas en la presente ley.

4. La Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo con los procedimientos legales establecidos, podrá exigir a los responsables de la custodia y del manejo de los fondos públicos las indemnizaciones económicas que sean procedentes por los perjuicios que pudiesen ocasionar, con independencia de las demás responsabilidades de carácter civil, penal o disciplinario en que pudiesen incurrir”.

Centrándonos en la Comunidad Autónoma de Galicia, en nuestro ordenamiento el control de la ejecución presupuestaria durante el propio proceso de ejecución es



fundamentalmente interno, es decir, se realiza exclusivamente por órganos de la Administración, dependientes de la Consellería de Hacienda.

En concreto, el control interno está atribuido por el TRLRFO (como ya hemos visto en su artículo 4) a la IGCA. En particular, así se recoge en el título V del TRLRFO “Del control interno y de la contabilidad” (artículos 93 y ss).

El artículo 93 señala que “El control interno de la actividad económico-financiera de la Comunidad, de sus organismos autónomos y entes públicos y de las sociedades públicas lo ejercerá la Intervención General, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Cuentas de Galicia y, en su caso, del Tribunal de Cuentas.

2. La Intervención General de la Comunidad Autónoma ejercerá sus funciones de control interno con plena autonomía respecto a los órganos responsables de la gestión controlada”.

El ejercicio del control interno por la IGCA se realiza fundamentalmente a través de dos instrumentos:

- La función interventora
- El control financiero.

Tal y como señala el artículo 94 del TRLRFO, la función interventora tiene por objeto controlar todos los actos, documentos y expedientes de la Comunidad y de sus organismos autónomos de los que pudiesen derivarse derechos y obligaciones de contenido económico, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven y, en general, la recaudación, la inversión o la aplicación de los fondos públicos, a fin de asegurar que la gestión de los órganos controlados se ajuste a las disposiciones aplicables a cada caso.

Por su parte, el control financiero lo ejercerá la Intervención General, de conformidad con lo prevenido en cada caso y en la forma que reglamentariamente se establezca respecto de los servicios de la Comunidad, de los organismos autónomos, de los entes públicos y de las sociedades públicas, para comprobar su adecuado funcionamiento tanto en el aspecto organizativo como en el económico-financiero. Asimismo, se ejercerá el control financiero respecto a las sociedades mercantiles, empresas, entidades y particulares por razón de las subvenciones, créditos, avales y demás ayudas de la Comunidad o de sus

organismos autónomos, concedidos con cargo a los presupuestos generales de la Comunidad. En este caso, el control financiero tendrá por objeto comprobar la adecuada y correcta obtención y utilización de las indicadas subvenciones y ayudas y el cumplimiento de los objetivos que con ellas se pretenden alcanzar.

**El control realizado por el Parlamento** es un control “político” sobre el presupuesto y el procedimiento de ejecución presupuestaria. Este control puede ser de tres tipos:

- previo a la ejecución presupuestaria
- simultáneo a la ejecución presupuestaria
- posterior a la ejecución presupuestaria

El control previo lo ejerce el Parlamento al aprobar los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Galicia. Es el Parlamento el que, mediante el examen, enmienda y aprobación de las leyes anuales de presupuestos, determina el contenido y la distribución de los ingresos y gastos del presupuesto además de establecer, mediante el articulado de la Ley de presupuestos, las directrices para su ejecución.

De esta forma, el artículo 52 del TRLRFO señala que *“El proyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma, acompañado de la documentación establecida en el apartado 5 del artículo anterior, se remitirá al Parlamento de Galicia antes del 20 de octubre, a los efectos del artículo 53.1 del Estatuto de autonomía de Galicia”*. Este artículo 53 atribuye a la Xunta o Gobierno la elaboración y aplicación del presupuesto de la Comunidad Autónoma gallega, y al Parlamento su examen, enmienda, aprobación y control.

Estas competencias parlamentarias están desarrolladas en la sección 3ª del capítulo III del título VI del Reglamento del Parlamento de Galicia.

El control simultáneo o concomitante se puede realizar fundamentalmente a través de las interpelaciones, preguntas y de las comisiones de investigación. Además, también podrían incluirse como facultades de control las que ostenta el Parlamento sobre la aprobación de ciertas modificaciones presupuestarias, en particular, sobre los suplementos de crédito y los créditos extraordinarios. Las competencias del Parlamento en este último supuesto se recogen en el artículo 62 del TRLRFO, que señala que:

“1. Cuando deba realizarse algún gasto con cargo a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente y no exista crédito en los estados de gastos, o sea insuficiente y no ampliable el consignado, el conselleiro de Economía y Hacienda, previo informe de la dirección general competente en materia de presupuestos, someterá al acuerdo de la Xunta, para su remisión al Parlamento, un proyecto de ley de concesión de un crédito extraordinario en el primer caso o de un suplemento de crédito en el segundo, en el que se especificarán necesariamente los recursos con que se financiará el gasto que por estas causas se genera, y el detalle del concepto presupuestario que se debe crear o que es suplementado.

2. A pesar de lo indicado en el punto anterior, si la necesidad de crédito extraordinario o de suplemento de crédito se produce en un organismo autónomo y los mismos no suponen aumento en los créditos del presupuesto de la Comunidad Autónoma, se observarán las siguientes normas:

- Su concesión será facultad del conselleiro de Economía y Hacienda si su importe no excede del 5 % del presupuesto de gastos del organismo autónomo correspondiente, y de la Xunta de Galicia cuando, superando dicho porcentaje, no sobrepasa el 10 % del citado presupuesto de gastos. Dichos porcentajes se aplicarán de forma conjunta y acumulada para ambas clases de modificaciones de crédito y a lo largo del mismo ejercicio presupuestario.
- En el expediente de modificación presupuestaria emitirá informe la consellería a la que esté adscrito el organismo autónomo que lo promueva, justificando debidamente la necesidad y urgencia del gasto y proponiendo los recursos con que se financiará el incremento que se propone.
- La Xunta de Galicia dará cuenta trimestralmente al Parlamento de Galicia de los créditos extraordinarios y suplementos de crédito concedidos al amparo de lo previsto en el apartado a) del presente número”.

Analizado el control interno que debe realizar la IGCA y el control externo encomendado al Parlamento de Galicia, parece necesario que, con carácter previo al análisis del Consejo de Cuentas del último epígrafe de este tema, se trate, si cabe, de forma muy breve la

institución del Tribunal de Cuentas, por su evidente competencia de control sobre la ejecución presupuestaria de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El **Tribunal de Cuentas** se puede definir como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción de acuerdo con la Constitución y la ley orgánica que lo desarrolla. En la actualidad, y en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 136 de la CE, el Tribunal de Cuentas está regulado por la Ley orgánica 2/1982, de 12 de marzo (en adelante, LOTC), y por la Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

La naturaleza del Tribunal de Cuentas es doble, fiscalizadora y jurisdiccional, conectada a los dos tipos de funciones que tiene encomendadas. Sus notas características son las siguientes:

- El Tribunal de Cuentas tiene competencia exclusiva para todo lo concerniente al gobierno y régimen interior del mismo y al personal a su servicio (artículo 3 de la LOTC).
- El Tribunal de Cuentas ejercerá sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico (artículo 5 de la LOTC).
- El Tribunal de Cuentas elaborará su propio presupuesto, que se integrará en los generales del Estado, en una sección independiente y será aprobado por las Cortes Generales (artículo 6 de la LOTC).

Sus relaciones con las comunidades autónomas y sus órganos de control se determinan de forma sucinta en el artículo 1.2 de la LOTC, que señala que el Tribunal de Cuentas “es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las comunidades autónomas puedan prever sus estatutos. Depende directamente de las Cortes Generales”. Esta previsión se desarrolla en el artículo 29 de la Ley 7/1988, que establece que:

*"1. Los órganos de control externo de las comunidades autónomas coordinarán su actividad con la del Tribunal de Cuentas mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia en los resultados y eviten la*

*duplicidad en las actuaciones fiscalizadoras.*

*2. A los mismos efectos, los órganos de referencia remitirán al Tribunal de Cuentas, tan pronto los tengan aprobados o, en su caso, dentro de los plazos legalmente establecidos, los resultados individualizados del examen, comprobación y censura de las cuentas de todas las entidades del sector público autonómico, así como los informes o memorias anuales acerca de sus respectivas cuentas generales y los informes o memorias, mociones o notas en que se concrete el análisis de la gestión económico-financiera de las entidades que integren el sector público autonómico o de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas de dicho sector percibidas por personas físicas o jurídicas.*

*Los informes o memorias habrán de remitirse acompañados de los antecedentes y del detalle necesarios al objeto de que el Tribunal de Cuentas pueda examinarlos, practicar, en su caso, las ampliaciones y comprobaciones que estime necesarias, e incorporar sus propias conclusiones, si resultara procedente, a la memoria anual a remitir a las Cortes Generales o a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas o a las memorias extraordinarias a que se refiere el artículo 28. 2 de la presente ley.*

*3. El Tribunal de Cuentas, mediante acuerdo plenario, podrá solicitar de los órganos de fiscalización externa de las comunidades autónomas la práctica de concretas funciones fiscalizadoras, tanto si se refieren al sector público autonómico como al estatal.*

*4. No obstante lo anterior, en las comunidades autónomas que no tuvieran establecido órgano de control externo, el Tribunal de Cuentas podrá establecer secciones territoriales del mismo para el cumplimiento de las funciones propias.”*

El **Consejo de Cuentas** es el órgano estatutario que realiza el control externo de la actividad de la Comunidad Autónoma.

El EAG en su artículo 53.2 señala que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136 y en el apartado d) del artículo 153 de la Constitución, se crea el Consejo de Cuentas de Galicia. Una ley de Galicia regulará su organización y funcionamiento y establecerá las garantías, normas y procedimientos para asegurar la rendición de las cuentas de la Comunidad Autónoma, que deberá someterse a la aprobación del Parlamento”.

La Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las comunidades

autónomas (en adelante, LOFCA), establece en su artículo 22 la posibilidad de que en el control de la actividad financiera de las comunidades autónomas puedan concurrir el Tribunal de Cuentas y otras instituciones de control que hayan establecido las comunidades autónomas en sus estatutos.

Todo lo anterior no obsta a lo establecido por el artículo 136 de la Constitución española analizado en el epígrafe anterior y el artículo 153 de la CE, que señala que:

“El control de la actividad de los órganos de las comunidades autónomas se ejercerá:

- Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley.
- Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150.
- Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias.
- Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario”.

En desarrollo del artículo 53 del EAG se aprobó la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas (en adelante, LCC).

## **EL CONTENIDO DE LA HACIENDA DE LA COMUNIDAD.**

### **Concepto.**

Podemos conceptualizar la Hacienda pública en tres sentidos distintos: subjetivo, objetivo e institucional.

- En sentido subjetivo, la Hacienda Pública es la Administración en cuanto ejerce la función de obtención de ingresos y realización de gastos.
- En sentido objetivo, se define en el artículo 1 del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, al decir que “La Hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Galicia está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico y financiero cuya titularidad corresponde a la Comunidad Autónoma de Galicia.”

La Hacienda pública viene a identificarse con el patrimonio de la Comunidad Autónoma en su sentido más amplio, cuyo lado activo estaría constituido por los recursos integrantes del Tesoro Público y por el resto de los bienes y derechos que integran en sentido técnico jurídico su dominio, y su pasivo por los débitos, la deuda pública y todas las obligaciones de contenido económico cuyo pago corresponde al Tesoro Público.

- En su acepción institucional puede configurarse la Hacienda pública como un hecho o fenómeno jurídico encuadrado en esa institución u ordenamiento jurídico más amplio y complejo que es la Comunidad Autónoma de la cual forma parte.

Se regula la Hacienda de la Comunidad Autónoma en el título I del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, constituido por dos capítulos que tratan, respectivamente, de los recursos y de las obligaciones.

### **RECURSOS DE LA HACIENDA PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.**

Respecto de los recursos, la Hacienda pública de la Comunidad Autónoma está constituida por (artículo 14):

1. Los rendimientos de los impuestos, tasas y contribuciones especiales que establezca la Comunidad Autónoma.
2. Los rendimientos de los tributos cedidos por el Estado.
3. La participación en los ingresos del Estado por impuestos directos e indirectos incluidos en los monopolios fiscales.
4. Las dotaciones para la nivelación de los servicios mínimos.
5. El importe de los precios derivados de servicios prestados por la Comunidad o por la concesión de cánones por aprovechamientos especiales de propia creación o procedentes de traspasos de servicios estatales.
6. Los ingresos procedentes del Fondo de Compensación Interterritorial o de otros fondos de análoga naturaleza.
7. Los recargos sobre impuestos estatales.
8. Otras asignaciones con cargo a los presupuestos generales del Estado o de otros

entes públicos.

9. El producto de la emisión de deuda y el recurso al crédito.
10. Los rendimientos del patrimonio de la Comunidad Autónoma.
11. Los ingresos de derecho privado, legados y donaciones.
12. Las multas y sanciones en el ámbito de su competencia.
13. En su caso, las participaciones que establezcan las leyes en los ingresos por tributos del Estado para recuperar los costes sociales producidos por actividades contaminantes y generadoras de riesgos de especial gravedad para el entorno físico y humano de Galicia.
14. Las subvenciones que pueda recibir la Comunidad Autónoma.
15. Cualquier otro recurso, de derecho público o privado, que obtenga o corresponda a la Comunidad Autónoma, independientemente de su naturaleza o finalidad.

La ley recoge el principio general de no afectación de los ingresos, al establecer en su artículo 15, que los recursos de la Comunidad Autónoma gallega y de cada uno de sus organismos autónomos se destinarán a satisfacer el conjunto de sus obligaciones respectivas, salvo que en una norma con rango de ley se establezca su afectación para fines determinados.

Por lo que respecta a la función de **administración de los recursos** de la Hacienda gallega, ésta corresponde a la consellería competente en materia de Hacienda, con los controles que la ley establezca. No obstante, con idénticos controles, los presidentes, directores u órganos de administración de las entidades autónomas y empresas públicas dotadas de personalidad jurídica propia tendrán a su cargo la administración de los recursos de que dispongan para el cumplimiento de sus fines.

El artículo 16 del texto refundido que regula este tema recoge también que las personas o entidades que tengan a su cargo la administración de los recursos de la Hacienda pública gallega dependerán de la consellería competente en materia de hacienda o de los órganos de administración de los organismos autónomos, y demás entes públicos, en todo lo



relativo a su gestión, aplicación y rendimiento de cuentas.

Además, estarán obligadas a la prestación de fianza todas aquellas personas o entidades que manejen fondos o valores públicos, en la cuantía y forma que determinen las disposiciones reglamentarias.

Otra de las características de los recursos que integran la Hacienda pública es la **indisponibilidad de los recursos**. El artículo 18 del texto refundido regula la disponibilidad de bienes y derechos, recogiendo que:

1. La gestión de los bienes patrimoniales y de sus rendimientos, tanto de la Comunidad Autónoma como de sus organismos autónomos, se ajustará a lo dispuesto en las leyes del Parlamento de Galicia aplicables en cada caso.
2. No podrán ser enajenados, gravados ni arrendados los derechos de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, salvo en los supuestos y en las condiciones previstos en las leyes.
3. Tampoco se concederán exenciones, condonaciones, rebajas ni moratorias en el pago de los derechos a favor de la Hacienda pública gallega, salvo en los casos y en la forma que se determinen en las leyes.

El artículo 22 recoge, respecto de la integridad de la Hacienda pública, que no se podrá transigir sobre los derechos de la Hacienda de la Comunidad, ni someter a arbitraje los conflictos que se susciten respecto de los mismos, sino mediante decreto acordado por la Xunta.

Con respecto a las **prerrogativas** de que goza la Administración con respecto a los bienes y derechos integrantes de su patrimonio, establece el artículo 19 las siguientes garantías:

1. Para realizar el cobro de los tributos y demás recursos de derecho público que le correspondan, la Hacienda pública gallega estará en posesión de las prerrogativas legalmente establecidas, gozando en todo momento de las mismas facultades y garantías que las demás administraciones públicas de ámbito estatal o territorial.
2. Las providencias de apremio acreditativas del descubierto ante la Hacienda de la Comunidad de las deudas por tributos y demás ingresos de derecho público,

expedidas por funcionarios competentes según los reglamentos, serán título suficiente para iniciar su cobro por la vía de apremio y tendrán la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los deudores.

Por su parte, abundando en las prerrogativas de la Administración, el artículo 21 establece:

- Las cantidades debidas a la Hacienda de la Comunidad Autónoma devengarán intereses de demora desde el día siguiente al de su vencimiento. Se incluyen en este apartado las cantidades recaudadas a través de entidades colaboradoras, cuentas restringidas, oficinas liquidadoras y demás entidades recaudadoras por cuenta de la Hacienda de la Comunidad que no sean ingresadas por las citadas entidades en el Tesoro en los plazos establecidos.
- Excepto lo establecido en leyes especiales, el interés de demora resultará de la aplicación, para cada año o período de los que integran el período de cálculo, del interés legal fijado en la ley de presupuestos del Estado para los citados ejercicios.

### **OBLIGACIONES DE LA HACIENDA PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA**

Según el artículo 24 del texto refundido de la Comunidad Autónoma y de sus organismos autónomos nacen de la ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que conforme a derecho las generen.

En cuanto a la exigibilidad de las obligaciones, establece el número 2 de ese mismo artículo:

1. El pago de las obligaciones sólo será exigible a la Hacienda de la Comunidad en la medida que resulte de la ejecución de sus presupuestos, de sentencia judicial firme o de operaciones de tesorería legalmente autorizadas.
2. Cuando las obligaciones económicas tengan por causa prestaciones o servicios a favor de la Comunidad Autónoma, el pago no se podrá realizar mientras el acreedor no cumpliera o garantizase conforme a la ley su obligación correlativa.

Por lo que se refiere a las **prerrogativas** de la Administración en esta materia:

“Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos

de ejecución ni providencias de embargo contra los derechos, fondos, valores y bienes de la Hacienda de la Comunidad Autónoma.” (artículo 25.1).

Así mismo, el cumplimiento de las resoluciones que determinen obligaciones a cargo de la Comunidad o de sus organismos autónomos corresponderá exclusivamente a la autoridad administrativa que sea competente. Si no hubiese crédito en el presupuesto en vigor o fuese insuficiente el disponible, se solicitará del Parlamento, dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la resolución, la concesión de un crédito extraordinario o de un suplemento de crédito.

Si la Administración se retrasase en el pago de sus obligaciones y no se hiciese efectivo al acreedor en el plazo de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la propia obligación, el acreedor tendrá derecho al pago de los correspondientes intereses de demora sobre la cantidad debida, al tipo establecido en el número 2 del artículo 21, siempre que reclame por escrito el cumplimiento de la obligación.

En materia de **prescripción**:

- Salvo lo establecido en las leyes especiales, prescribirán a los cinco años.
  - ☐ El derecho al reconocimiento o a la liquidación de toda obligación, computándose el plazo desde el momento en el que esta sea exigible conforme a derecho.
  - ☐ El derecho a exigir el pago de las obligaciones reconocidas o liquidadas. El plazo se contará desde la fecha de notificación del reconocimiento o de la liquidación de la respectiva obligación.
- La petición por escrito del reconocimiento o del cumplimiento de la obligación, o de la efectividad de su pago, por parte de los acreedores legítimos, o de los que se subroguen en sus derechos, mediante la presentación de los documentos justificativos de su derecho, interrumpirá la prescripción, según lo dispuesto en el Código civil, salvo lo establecido en leyes especiales.
- Las obligaciones que prescriban serán dadas de baja en las cuentas respectivas,

después de la tramitación del oportuno expediente.

**MARÍA DEL SOCORRO MARTÍN HIERRO**

**REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 2**

**EL PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD  
AUTÓNOMA: CONCEPTO Y NATURALEZA.  
CONTENIDO. ESTRUCTURA. ELABORACIÓN.  
APROBACIÓN.**

## **TEMA 2. EL PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: CONCEPTO Y NATURALEZA. CONTENIDO. ESTRUCTURA. ELABORACIÓN. APROBACIÓN. <sup>1</sup>**

### **1. EL PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA: CONCEPTO Y NATURALEZA.**

#### **1.1. CONCEPTO**

La Hacienda pública denomina presupuesto al plan económico del grupo político gobernante. El presupuesto es la expresión contable del plan económico de la Hacienda pública para un período de tiempo determinado.

Así como los planes económicos de las familias y de las empresas son consustanciales a la aparición de estas unidades, el presupuesto estatal no aparece hasta el siglo XVIII. Las razones que justifican esta tardía aparición son, según NEUMARK, las siguientes:

- El fraccionamiento y dispersión de los asuntos públicos, característicos de la economía medieval.
- La escasa importancia del sector público hasta llegar a los siglos XVIII y XIX.
- Que el sistema democrático no se generalizara hasta el siglo XIX, y lo hiciera ya estrechamente unido a la institución presupuestaria, ya que es el pueblo el que elige el poder legislativo concretando, en las leyes presupuestarias anuales, las preferencias populares en torno a los servicios públicos deseados y los medios más aptos para satisfacerlos.

Por tanto, el presupuesto es un instrumento fundamental para la institución democrática puesto que concreta exactamente los límites dentro de los cuales el poder legislativo concede su mandato al poder ejecutivo para la gestión presupuestaria.

#### **1.2. NATURALEZA**

Hay que analizar aquellas propiedades que el presupuesto debe cumplir inexcusablemente:

**1ª.- Debe constituir un acto de previsión.**

---

<sup>1</sup> NOTA. Las referencias realizadas a lo largo del tema a la Consellería de Economía y Hacienda responden a la actual redacción del TRLRFP. Sin embargo, dada la actual estructura orgánica de la Xunta de Galicia, deben entenderse realizadas a la Consellería de Hacienda.

2ª.- Supone una idea de equilibrio entre gastos e ingresos, sin perjuicio de que modernamente se ha defendido la actuación desequilibrada, en sentido económico, del presupuesto durante determinadas fases de la actividad o coyuntura económica y con el propósito de lograr el objetivo de la estabilidad económica.

3ª.- Debe ser elaborado de forma regular. No basta con una elaboración esporádica sino que precisa de una elaboración recurrente y periódica.

4ª.- Debe adoptar una forma determinada, es decir, que se exprese en lenguaje contable a través de una serie de partidas de ingresos y de gastos.

5ª.- El presupuesto es una previsión normativa. Es más que una simple estimación o que un simple plan financiero, ya que obliga al Gobierno y a la Administración tanto política como jurídicamente. Esta obligación es limitativa en cuanto a gastos y estimativa en cuanto a ingresos.

Llegamos, así pues, a la rigurosa definición de presupuesto dada por NEUMARK como "Resumen sistemático confeccionado en períodos regulares de las previsiones, en principio obligatorias, de los gastos proyectados y de las estimaciones de los ingresos previstos para cubrir dichos gastos."

La definición legal del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Galicia se recoge en el artículo 46 del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre (en adelante TRLRFPG), que establece como:

"1. Los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de:

- a) Las obligaciones que, como máximo, se podrán reconocer y los derechos que se prevean liquidar por parte de la Comunidad y de sus organismos autónomos durante el ejercicio presupuestario.
- b) Los objetivos que se pretendan conseguir con la utilización de los recursos financieros consignados en los mismos.
- c) Las estimaciones de los flujos financieros de las sociedades públicas.

d) La totalidad de los gastos e ingresos de los demás entes públicos.

e) Los beneficios fiscales estimados.

2. Los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se enmarcarán en un escenario plurianual que contenga las líneas básicas de la actuación a medio plazo del sector público gallego.

3. Los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se presentarán y se aprobarán de forma que los estados de gastos no superen los recursos totales previstos en los respectivos estados de ingresos.

4. Previa autorización del conselleiro de Economía y Hacienda podrán gestionarse como operaciones extrapresupuestarias aquellas en que la actividad de la Comunidad Autónoma, de sus organismos autónomos y de las sociedades públicas autonómicas de carácter no mercantil se limite a la realización de funciones de intermediación en su gestión.

En todo caso, tendrán la consideración de operaciones extrapresupuestarias aquellas generadas en los procedimientos de liquidación de los patrimonios diferidos a favor de la Comunidad Autónoma de Galicia como consecuencia de procesos de sucesión legal intestada.

En el momento de adquirir firmeza la resolución de liquidación, se procederá a imputar al presupuesto los derechos y obligaciones que correspondan a la Comunidad Autónoma.

## **2. CONTENIDO**

El contenido de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se regula en el artículo 48.2 del TRLRFP, que dispone como "Los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma contendrán:

a) Los estados de gastos, en los que se especificarán en la forma establecida los créditos necesarios para dar cumplimiento a las obligaciones.

b) Los estados de ingresos, en los que se detallarán las estimaciones de los derechos económicos que se liquidarán durante el ejercicio presupuestario.

c) Los estados financieros de los organismos autónomos comerciales, industriales o financieros a que hace referencia el artículo 11 de esta ley.



d) Los estados financieros de las sociedades públicas autonómicas, entes de derecho público y demás entidades con personalidad jurídica propia que formen parte del sector de las administraciones públicas, según el Sistema Europeo de Cuentas.

Además, el artículo 48.1 del TRLRFPG establece como los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma estarán integrados:

- a) Por el presupuesto de la Comunidad.
- b) Por los presupuestos de los organismos autónomos.
- c) Por los presupuestos de las agencias públicas autonómicas.
- d) Por los presupuestos de explotación y de capital de las sociedades mercantiles del artículo 12 de esta ley y de aquellas en las que concurran los requisitos determinados por el Sistema europeo de cuentas para integrarse en el sector de la Administración pública autonómica de Galicia.
- e) Por los presupuestos de los entes públicos a que hace referencia el artículo 12 de esta ley.
- f) Por los presupuestos de explotación y capital de las fundaciones del sector público autonómico en las que concurran los requisitos determinados por el Sistema Europeo de Cuentas para integrarse en el sector de la Administración pública autonómica de Galicia.
- g) Por los presupuestos de los consorcios en los que concurran los requisitos determinados por el Sistema Europeo de Cuentas para integrarse en el sector de la Administración pública autonómica de Galicia.
- h) En todo caso, por los presupuestos de las demás entidades que estén clasificadas como Administración pública de la Comunidad Autónoma de Galicia de acuerdo con las normas del Sistema Europeo de Cuentas, salvo las universidades públicas.

### **3. ESTRUCTURA**

Según el artículo 49 del TRLRFPG, los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se ajustarán, en cuanto a su estructura, a las siguientes reglas:

Los **estados de gastos** se confeccionarán aplicando una clasificación funcional por programas. Asimismo, las clasificaciones orgánica y económica informarán,

respectivamente, sobre el agente que realiza el gasto y la naturaleza del mismo.

Para cada programa de gasto se establecerán los objetivos que se pretenden conseguir con los recursos que se le asignen así como, siempre que sea posible, los indicadores de seguimiento que se consideren adecuados para analizar el grado de consecución de los mismos.

Se presentarán con separación los gastos corrientes y los gastos de capital, y su clasificación económica se registrará por los siguientes criterios:

1. En los créditos para gastos corrientes se distinguirán los de funcionamiento de los servicios, los gastos financieros y las transferencias corrientes.
2. En los créditos para gastos de capital se distinguirán los de inversiones reales, las transferencias de capital y las variaciones de activos y pasivos financieros.

Los **estados de ingresos** presentarán una clasificación económica distinguiendo los correspondientes a operaciones corrientes y a operaciones de capital.

### 3.1. ESTRUCTURA DEL PRESUPUESTO DE INGRESOS

Comprende, a su vez, dos clasificaciones:

- Clasificación orgánica: a través de esta clasificación se identifica el órgano o unidad a que se le asignan los ingresos estimados.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia la clasificación orgánica se corresponde con un único centro gestor en la Administración general y con centros de gestión diferenciados para cada uno de los organismos autónomos y agencias públicas.

- Clasificación económica: consiste en la ordenación de los recursos que se prevea liquidar, según su naturaleza económica, clasificándose por capítulos, artículos, conceptos y subconceptos.

Esta clasificación económica realiza una agrupación de los ingresos en capítulos en función de la naturaleza de las operaciones que integra, esto es, operaciones corrientes y operaciones de capital.

### 3.2. ESTRUCTURA DEL PRESUPUESTO DE GASTOS

El presupuesto de gastos se estructura teniendo en cuenta las finalidades y objetivos que el presupuesto pretende conseguir, adecuándose a la clasificación económica, orgánica y funcional por programas.

Además de lo anterior, la totalidad de los créditos del presupuesto de gastos deberán configurarse por códigos de proyecto o actuación bajo la cual se identifican las unidades básicas de gastos. Dichas unidades de gastos reflejarán, si fuera el caso, la clasificación territorial.

## 4. ELABORACIÓN

Es el artículo 51 del TRLRFP el que establece como el procedimiento para la elaboración de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se ajustará a las siguientes normas:

1. Los órganos estatutarios de la Comunidad Autónoma y las consellerías remitirán a la de Economía y Hacienda antes del 1 de julio sus respectivos estados de gastos debidamente documentados y ajustados a las normas que les sean aplicables y a las directrices establecidas por la Xunta.
2. Dentro del mismo plazo y con las mismas formalidades indicadas en el punto anterior, cada una de las consellerías remitirá:
  - a) Los anteproyectos de presupuestos de gastos e ingresos de los organismos autónomos que tengan adscritos, formando un solo presupuesto para cada organismo, incluyendo en los que tengan carácter comercial, industrial o financiero los estados financieros a que hace referencia el artículo 82 de la presente ley.
  - b) Los anteproyectos de presupuestos de ingresos y gastos de los entes públicos a los que hace referencia el artículo 12 de esta ley que le estén adscritos.
  - c) Los anteproyectos de presupuestos de explotación y capital de las sociedades públicas que tengan adscritas.
3. El anteproyecto de presupuesto de ingresos de la Comunidad Autónoma en el que se recoja la estimación de los recursos derivados de sus fuentes generales de financiación lo

elaborará la Consellería de Economía y Hacienda.

4. Teniendo en cuenta los estados de ingresos y gastos mencionados y el marco macroeconómico en el que se contenga la previsible actividad económica del ejercicio presupuestario siguiente, la Consellería de Economía y Hacienda formulará el anteproyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma y lo someterá a acuerdo de la Xunta.

5. Junto con el anteproyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma se remitirá al Consello de la Xunta la siguiente documentación:

- a) La cuenta consolidada de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.
- b) Una memoria explicativa de su contenido y de las principales diferencias existentes en los mismos en relación con el presupuesto en vigor.
- c) La liquidación de los presupuestos del año anterior y un avance de los del ejercicio corriente.
- d) Un informe económico y financiero.
- e) Un anexo de inversiones reales, que contendrá la valoración de los proyectos de inversión pública que se van a realizar y su distribución territorial. En el caso de inversiones plurianuales, se indicará la inversión de cada año.

Dentro de dicho anexo de inversiones reales se distinguirán los proyectos de inversión en vinculantes y no vinculantes. Los créditos destinados a proyectos de inversión a los que se les dé carácter vinculante no podrán destinarse a la financiación de otros proyectos, salvo por autorización del conselleiro de Economía y Hacienda.

Trimestralmente se comunicará a la Comisión 3ª, de Economía, Hacienda y Presupuestos del Parlamento de Galicia, la relación de las autorizaciones realizadas, en caso de haberlas.

- f) Un anexo de transferencias.
- g) Un anexo de personal.

## **5. APROBACIÓN**

### **5.1. TRAMITACIÓN EN EL PARLAMENTO DE GALICIA**

El artículo 52 del TRLRFPG regula la remisión al Parlamento de Galicia del proyecto de ley de presupuestos de forma que “el proyecto de ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma, acompañado de la documentación establecida en el apartado 5 del artículo 51, se remitirá al Parlamento de Galicia antes del 20 de octubre, a los efectos del artículo 53.1 del Estatuto de autonomía de Galicia.”

Con respecto a los presupuestos de las diputaciones provinciales, el artículo 53 del TRLRFPG establece como la Xunta remitirá igualmente al Parlamento de Galicia los presupuestos de las diputaciones provinciales, a los efectos previstos en la disposición adicional tercera del Estatuto de autonomía y en la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración local de Galicia.

Con respecto a la tramitación del proyecto de ley de presupuestos en el Parlamento de Galicia, el procedimiento se regula en el Reglamento del parlamento, gozando de preferencia en la tramitación con respecto a los demás trabajos de la Cámara.

#### **1º) Enmiendas:**

Una vez recibido el proyecto de ley, la Mesa del Parlamento mandará que se publique y que se abra el plazo de enmiendas para que, oída la Junta de Portavoces, se tramiten en la comisión correspondiente.

Una vez publicado el proyecto de ley de presupuestos, los diputados y los grupos parlamentarios tendrán un plazo de quince días para presentar enmiendas al mismo mediante escrito dirigido a la Mesa de la Comisión. El escrito de enmiendas deberá llevar la firma del portavoz del grupo a que pertenezca el diputado o de la persona que sustituya a aquel, a los meros efectos de conocimiento. La omisión de este trámite podrá subsanarse antes del comienzo de la discusión en Comisión.

Las enmiendas podrán ser a la totalidad o al articulado.

- Enmiendas a la totalidad: serán enmiendas a la totalidad aquellas que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto de ley. Postulan dos posibles soluciones:

a) La devolución del proyecto de ley al Gobierno de la Xunta.

b) Sustitución por un texto completo alternativo al del proyecto.

Estas enmiendas a la totalidad sólo podrán ser presentadas por los grupos parlamentarios o por un diputado con la firma de otros cuatro.

- Las enmiendas al articulado: que podrán ser de supresión, modificación o adición. En los dos últimos supuestos, la enmienda deberá contener el texto concreto que se proponga.

Las enmiendas al proyecto de ley de presupuestos que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirán la conformidad de la Xunta de Galicia para su tramitación. A tal efecto, la ponencia encargada de redactar el informe remitirá a la Xunta de Galicia, por conducto de la Presidencia del Parlamento, las que supongan dicho aumento o disminución.

La Xunta de Galicia deberá dar respuesta razonada en el plazo de quince días, transcurrido el cual se entenderá que el silencio de la Xunta expresa conformidad. El informe que emita la Xunta de Galicia tendrá por objeto evaluar los efectos que tendría la admisión de la enmienda desde un punto de vista técnico y las circunstancias por las que sería o no conveniente su admisión.

La Xunta de Galicia podrá manifestar su disconformidad con la tramitación de enmiendas que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios en cualquier momento de la tramitación, de no haber sido consultada en la forma que señalan los apartados anteriores.

En cualquier caso, aquellas enmiendas al proyecto de ley de presupuestos que supongan aumento de créditos en algún concepto únicamente podrán ser admitidas a trámite si, además de cumplir los requisitos generales, proponen una baja de igual cuantía en la misma sección.

## **2º) Debate de totalidad:**

Si se hubieran presentando enmiendas a la totalidad, el Pleno del Parlamento celebrará el debate de totalidad del proyecto de ley de presupuestos. En este caso, el presidente de la Comisión trasladará al presidente del Parlamento de Galicia las enmiendas a la totalidad

que se hubieren presentado para su inclusión en el orden del día de la sesión plenaria en que hayan de debatirse.

El debate de totalidad del proyecto de ley de presupuestos será único, acumulándose en el mismo tanto las enmiendas que postulen su devolución global como la de cualquier sección o centro gestor de gastos. El debate de totalidad se desarrollará conforme a lo establecido en el Reglamento del Parlamento de Galicia para los de este carácter, aunque unha vez defendidas todas las enmiendas. Para su defensa, los grupos que las hubiesen formulado tendrán un tiempo proporcional entre treinta y cuarenta y cinco minutos. Sólo estas enmiendas tendrán efectos devolutivos para el proyecto.

A continuación, se debatirán las enmiendas que afecten a la cuantía global de los estados de los presupuestos o que transfieran créditos entre secciones. Para su defensa cada grupo parlamentario dispondrá de un tiempo proporcional entre quince y treinta minutos.

El debate del presupuesto se referirá al articulado y al estado de autorización de gastos. Todo ello sin perjuicio del estudio de otros documentos que deban acompañar a aquel.

El presidente de la Comisión y el de la Cámara, de acuerdo con sus respectivas mesas, podrán ordenar los debates y votaciones en la forma que más se acomode a la estructura del presupuesto.

El debate final de los presupuestos en el Pleno de la Cámara se desarrollará diferenciando el conjunto del articulado de la ley y cada una de sus secciones.

Si el Pleno acordase la devolución del proyecto, este quedará rechazado y el presidente del Parlamento de Galicia lo comunicará al de la Xunta. En caso contrario, se remitirá a la Comisión para proseguir su tramitación.

Si el Pleno aprobase una enmienda a la totalidad de las que propongan un texto alternativo, se dará traslado del mismo a la comisión correspondiente, publicándose en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia y procediéndose a abrir un nuevo plazo de presentación de enmiendas, que sólo podrán formularse sobre el articulado.

### **3º) Debate en Comisión:**

Finalizado el debate de totalidad, si lo hubiere, y en todo caso el plazo de presentación de enmiendas, la Comisión nombrará en su seno a uno o varios ponentes para que, a la vista

del texto y de las enmiendas presentadas al articulado, redacten un informe en el plazo de quince días. Concluido el informe de la Ponencia, comenzará el debate en Comisión, que se hará artículo por artículo.

Durante la discusión de un artículo, la Mesa podrá admitir a trámite nuevas enmiendas que se presenten en este momento por escrito por un miembro de la Comisión, siempre que sean:

- Enmiendas transaccionales: esto es, enmiendas que tiendan a alcanzar un acuerdo por aproximación entre las enmiendas ya formuladas y el texto del artículo.
- Enmiendas técnicas: esto es, enmiendas que tengan por finalidad subsanar errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales.

El dictamen de la Comisión, firmado por su presidente y por el secretario, se remitirá al presidente del Parlamento a los efectos de la tramitación subsiguiente que proceda.

Los grupos parlamentarios y diputados, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha de terminación del dictamen, en escrito dirigido al presidente de la Cámara, deberán comunicar los votos particulares y enmiendas que, después de ser defendidas y votadas en Comisión y no incorporadas al dictamen, pretendan defender en el Pleno.

#### **4º) Debate en el Pleno**

El debate en el Pleno comenzará con la presentación del dictamen de la Comisión que haga el presidente de la misma durante un tiempo de diez minutos. A continuación, los grupos parlamentarios dispondrán sucesivamente de un turno de quince minutos para explicar su posición sobre el dictamen de la Comisión y, en su caso, defender las enmiendas y los votos particulares no incorporados al mismo y que oportunamente hubiesen reservado.

El debate se cerrará con otro turno de cinco minutos para que sucesivamente los grupos se definan sobre las enmiendas y los votos particulares defendidos por los demás.

La Presidencia de la Cámara someterá a votación las enmiendas y los votos particulares mantenidos, incorporándose al texto los que resulten aprobados.

Durante el debate, la Presidencia podrá admitir enmiendas que tengan por finalidad



subsana errores o incorreccións técnicas, terminolóxicas o gramaticales.

Sólo se podrán admitir a trámite las enmiendas de transacción entre las ya presentadas y el texto del dictamen, cuando se formulen por escrito y ningún grupo parlamentario se oponga a su admisión.

Finalmente, la Presidencia someterá a votación el dictamen de la Comisión con las enmiendas y con los votos particulares que hubiesen sido incorporados.

Terminado el debate de un proyecto si, como consecuencia de la aprobación de un voto particular o de una enmienda o de la votación de los artículos, el texto resultante pudiera ser incongruente u oscuro en alguno de sus puntos, la Mesa de la Cámara podrá por iniciativa propia o a petición de la Comisión, enviar el texto aprobado por el Pleno de nuevo a la Comisión, con el único fin de que esta, en el plazo de un mes, efectúe una redacción armónica que deje a salvo los acuerdos del Pleno. El dictamen así redactado se someterá a la decisión final del Pleno, que deberá aprobarlo o rechazarlo en su conjunto, en una sola votación.

## 5.2. PRÓRROGA DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES

Es el artículo 54 del TRLRFPG el que regula la posible prórroga de los presupuestos, de forma que si la ley de presupuestos generales no fuese aprobada por el Parlamento de Galicia antes del primer día del ejercicio económico en el que tenga que aplicarse, se considerarán automáticamente prorrogados los del ejercicio inmediato anterior.

La Consellería de Economía y Hacienda (Consellería de Hacienda en la actualidad) podrá elaborar, en su caso, los correspondientes estados de gastos en los que se detallarán los importes de los créditos prorrogados. Dichos importes serán el resultado de realizar en los créditos iniciales del presupuesto prorrogado las operaciones siguientes:

- a) Se excluirán aquellos gastos que correspondan a actuaciones que deban quedar ultimadas al finalizar el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan, así como aquellos que no se consideren necesarios para el ejercicio que se inicia.
- b) En los indicados estados de gastos se incluirán aquellos créditos que correspondan a actuaciones de urgente iniciación o cobertura, siempre que tengan cabida dentro de las bajas motivadas por lo indicado en el apartado a) anterior.

c) El conselleiro de Economía y Hacienda determinará qué modificaciones presupuestarias de las realizadas durante el ejercicio cuyos presupuestos se prorrogan se consolidarán en los estados de gastos a que hace referencia el apartado a).

Durante el período de prórroga será aplicable a los estados de gastos resultantes de lo dispuesto en el apartado anterior lo contenido en el capítulo II de este título III relativo a las modificaciones de crédito.

Una vez aprobados los presupuestos generales de la Comunidad, se procederá a imputarles a los mismos las operaciones realizadas durante el período de prórroga, de acuerdo con las instrucciones que al efecto dicte la Consellería de Economía y Hacienda.

En caso de no existir en los presupuestos aprobados créditos a los que imputarles expedientes de gasto tramitados durante el período de prórroga, la consellería o el organismo autónomo afectado propondrá a la Consellería de Economía y Hacienda aquellos créditos del presupuesto aprobado con cargo a los cuales deberá efectuarse la imputación.

La Consellería de Economía y Hacienda confeccionará, asimismo, los estados de ingresos que tendrán vigencia durante el período de prórroga y que se elaborarán en función de las previsiones que puedan derivarse bien de la liquidación de los presupuestos de ingresos del ejercicio prorrogado o de cualquier otro dato válido para sustentar dichas previsiones, siempre que no suponga la introducción de ningún cambio en la normativa legal vigente durante cuyo ejercicio se prorroga el presupuesto.

El texto de la ley de presupuestos correspondiente a los que se prorrogan también se prorrogará en sus propios términos, excepto aquellas disposiciones que por sus propias características sólo pudiesen tener exclusiva vigencia durante el respectivo año natural.

## **6. LAS LEYES ANUALES DE PRESUPUESTOS**

Las leyes anuales de presupuestos no se limitan a incluir los estados cifrados de gastos e ingresos, sino que además incluyen a través de su articulado una serie de normas materiales reguladoras de diversos aspectos relacionados con la actividad económica del sector público.

Así, era tradicional que en las leyes de presupuestos se incluyera una serie interminable de

disposiciones que en muchos casos ni siquiera estaban relacionadas con el propio presupuesto.

De esta forma se incluían disposiciones de la siguiente naturaleza:

- a) Normas relativas a obligaciones a cargo de la Hacienda pública creadas por leyes substantivas pero necesitadas para su efectividad de dotar a los órganos administrativos encargados de su gestión de crédito presupuestario suficiente, tales como las normas sobre retribuciones de los funcionarios o pensiones públicas.
- b) Otro conjunto de preceptos que modifican normas tributarias, para adaptar el sistema tributario a la cambiante realidad económica y social.
- c) Otro conjunto de disposiciones a través de las cuales se regulan materias que, no siendo estrictamente presupuestarias, sí que inciden en la política de gastos e ingresos del sector público.
- d) Y, por último, un conjunto de otras normas difícilmente encajables en la materia presupuestaria.

Parte de la doctrina venía criticando la tendencia a aprovechar la ley de presupuestos para la introducción de la normativa más variada. Así, RODRÍGUEZ BEREIJO las calificaba como *totum revolutum*. Su verdadera función debería ser únicamente la de dar validez al plan económico elaborado por el Gobierno, sobre cuya alteración el Parlamento posee importantes limitaciones. Así, por ejemplo, las enmiendas al proyecto de ley de presupuestos que supongan aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirán la conformidad de la Xunta de Galicia para su tramitación.

Resultaba, por tanto, necesario distinguir entre normas presupuestarias *strictu sensu* y otro tipo de normas. La inclusión de las primeras en las leyes anuales de presupuestos parece lógica y así lo entiende también el Tribunal Constitucional, que considera que, junto al núcleo central de los estados de ingresos y gastos, también se pueden incluir (Sentencia del Tribunal Constitucional 63/1986, de 21 de mayo) "disposiciones relativas a materias no asimilables al estado de gastos e ingresos, pero de conveniente regulación conjunta por su relación técnica e instrumental con el mismo a efectos de la orientación de la política económica". Además, el tribunal Constitucional resolvió en distintas sentencias (27/1981,

76/1992 y 195/1994) limitando el contenido de las leyes anuales de presupuestos.

**ALMUDENA CHACÓN PICHEL**

**REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 3**

**MODIFICACIONES PRESUPUESTARIAS.  
CRÉDITOS EXTRAORDINARIOS Y  
SUPLEMENTOS DE CRÉDITO. CRÉDITOS  
AMPLIABLES. TRANSFERENCIAS. GENERACIÓN  
DE CRÉDITO.**

### **TEMA 3. MODIFICACIONES PRESUPUESTARIAS. CRÉDITOS EXTRAORDINARIOS Y SUPLEMENTOS DE CRÉDITO. CRÉDITOS AMPLIABLES. TRANSFERENCIAS. GENERACIÓN DE CRÉDITO.<sup>1</sup>**

#### **1. MODIFICACIONES PRESUPUESTARIAS.**

Pese al carácter limitativo y vinculante de los créditos presupuestarios, las leyes que regulan el presupuesto admiten cierta flexibilidad en la ejecución en atención a las circunstancias cambiantes que pueden acontecer.

La flexibilidad puede producirse:

a) Por la posibilidad de establecer el **nivel de vinculación** de los créditos. Así, en el artículo 56.2 del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre (en adelante TRLRFPG), se establece la regla general de vinculación, de forma que los créditos tienen carácter limitativo y vinculante a nivel de concepto.

Sin embargo, los créditos destinados a gastos de personal (capítulo I), excepto los que se refieren a incentivos al rendimiento, y los gastos en bienes corrientes y servicios (capítulo II) tendrán carácter vinculante a nivel de artículo.

En todo caso, tendrán carácter vinculante, con el nivel de desglose económico con el que aparezcan en los estados de gastos, los créditos destinados a atenciones protocolarias y representativas y los declarados ampliables conforme al artículo 64 de esta ley.

b) Por la posibilidad de autorizar **modificaciones presupuestarias**.

Todo acuerdo de modificación presupuestaria deberá indicar expresamente, además de la sección o ente público a que se refiera, el programa, servicio u organismo autónomo, artículo, concepto y subconcepto, en su caso, afectados por la misma, incluso en aquellos casos en los que el crédito se consigne o sea vinculante a nivel de artículo.

La correspondiente propuesta de modificación presupuestaria deberá expresar ineludiblemente la incidencia de la misma en la consecución de los objetivos previstos, así

---

<sup>1</sup>NOTA. Las referencias realizadas a lo largo del tema a la Consellería de Economía y Hacienda responden a la actual redacción del TRLRFPG. Sin embargo, dada la actual estructura orgánica de la Xunta de Galicia, deben entenderse realizadas a la Consellería de Hacienda.

como las razones que la justifican.

Las modificaciones presupuestarias son las siguientes:

- Créditos extraordinarios y suplementos de crédito (artículo 62 del TRLRFPG)
- Ampliaciones de crédito (artículo 64 del TRLRFPG)
- Transferencias de crédito (artículo 68 del TRLRFPG)
- Generaciones de crédito (artículo 69 del TRLRFPG)
- Reposición (artículo 70 del TRLRFPG)
- Incorporaciones de crédito (artículo 71 del TRLRFPG)

Con respecto a la competencia para autorizar las modificaciones presupuestarias, estas se regulan en los artículos 65, 66 y 67 del TRLRFPG, así como en las leyes anuales de presupuestos. Dichas competencias se analizarán en el momento de estudiar las respectivas modificaciones presupuestarias. No obstante, en el artículo 66 del TRLRFPG se regula tanto la facultad de la Consellería de Economía y Hacienda para resolver aquellos expedientes de modificaciones presupuestarias, en los supuestos en los que estos estén atribuidos a los titulares de las distintas consellerías y exista discrepancia en la consellería respectiva con el informe de la intervención delegada, como la facultad para introducir en los estados de gastos las modificaciones precisas para adecuar los créditos afectados por transferencias finalistas procedentes de los presupuestos generales de la Administración del Estado y de las Comunidades Europeas, y los demás recursos de igual carácter y procedencia. Esta autorización implicará el aumento o la disminución de las consignaciones previstas, así como la incorporación o creación de los correspondientes conceptos presupuestarios, si así procede.

## **2. CRÉDITOS EXTRAORDINARIOS Y SUPLEMENTOS DE CRÉDITO.**

De acuerdo con el artículo 62 del TRLRFPG, cuando deba realizarse algún gasto con cargo a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente y no exista crédito en los estados de gastos, o sea insuficiente y no ampliable el consignado, el conselleiro de Economía y Hacienda, previo informe de la dirección general competente en materia de presupuestos, someterá al acuerdo de la

Xunta, para su remisión al Parlamento, un proyecto de ley de concesión de un crédito extraordinario en el primer caso o de un suplemento de crédito en el segundo, en el que se especificarán necesariamente los recursos con que se financiará el gasto que por estas causas se genera, y el detalle del concepto presupuestario que se debe crear o que es suplementado.

No obstante, si la necesidad de crédito extraordinario o de suplemento de crédito se produce en un organismo autónomo y los mismos no suponen aumento en los créditos del presupuesto de la Comunidad Autónoma, se observarán las siguientes normas:

- a) Su concesión será facultad del conselleiro de Economía y Hacienda si su importe no excede del 5% del presupuesto de gastos del organismo autónomo correspondiente, y de la Xunta de Galicia cuando, superando dicho porcentaje, no sobrepase el 10% del citado presupuesto de gastos. Dichos porcentajes se aplicarán de forma conjunta y acumulada para ambas clases de modificaciones de crédito y a lo largo del mismo ejercicio presupuestario.
- b) En el expediente de modificación presupuestaria emitirá informe la consellería a la que esté adscrito el organismo autónomo que lo promueva, justificando debidamente la necesidad y urgencia del gasto y proponiendo los recursos con que se financiará el incremento que se propone.
- c) La Xunta de Galicia dará cuenta trimestralmente al Parlamento de Galicia de los créditos extraordinarios y suplementos de crédito concedidos al amparo de lo previsto en el apartado a) anterior.

El artículo 63 del TRLRFPG regula los **anticipos de tesorería** de forma que la Xunta de Galicia, a propuesta del conselleiro de Economía y Hacienda, podrá excepcionalmente conceder anticipos de Tesorería para atender gastos inaplazables, hasta un límite del 2% de los créditos autorizados por la ley de presupuestos generales de la Comunidad, en los siguientes casos:

- a) Cuando, dentro de la tramitación del expediente de crédito extraordinario o suplemento de crédito, recayese acuerdo favorable de la Xunta para remitirle al Parlamento el correspondiente proyecto de ley.



b) Cuando se promulgue una ley en la que se establezcan obligaciones para cuyo cumplimiento sea precisa la concesión de un crédito extraordinario o de un suplemento de crédito.

c) Si el Parlamento de Galicia no aprobase el proyecto de ley de concesión de crédito extraordinario o del suplemento de crédito, el importe del anticipo de tesorería será cancelado mediante minoración en los créditos que ocasionen menor trastorno en los servicios públicos de la respectiva consellería u organismo autónomo.

### **3. CRÉDITOS AMPLIABLES (artículo 64 del TRLRFPG).**

De conformidad con el artículo 66.g) del TRLRFPG, le corresponde a la conselleira de Hacienda la autorización de las ampliaciones de crédito cuando estos tengan tal carácter por disposición de ley.

El artículo 64 enumera qué créditos tienen excepcionalmente la condición de créditos ampliables:

a) Aquellos que se especifiquen de manera singular en la ley de presupuestos generales de la Comunidad Autónoma y con las condiciones que en la misma se determinen.

b) Los que se destinen a cubrir los gastos de los servicios traspasados por la Administración del Estado, cuando sean ampliadas las transferencias en las respectivas materias y por el importe del coste efectivo de todas las ampliaciones, mientras este no se integre en la base de cálculo para obtener el porcentaje de la participación en los ingresos del Estado.

c) Las cuotas de Seguridad Social y la prestación familiar, así como las aportaciones que, en su caso, le corresponda efectuar a la Comunidad Autónoma al régimen de previsión social de sus funcionarios.

d) Los que se destinen al pago de intereses, amortizaciones del principal y gastos derivados de la deuda pública emitida por la Comunidad Autónoma o a operaciones de crédito concertadas por ella.

e) Los créditos destinados a la cobertura de necesidades de todo orden motivadas por siniestros, catástrofes u otros de reconocida urgencia, correspondientes a gastos en bienes corrientes y de servicios.

- f) Los destinados al pago de productos farmacéuticos procedentes de recetas médicas.
- g) Los créditos cuya ejecución corresponda a una consellería y que su cuantía se module por la aportación de otras consellerías u organismos autónomos, previa retención del crédito correspondiente en los estados de gasto afectados. A estos créditos no les serán aplicables las limitaciones a que se refiere el artículo 68 de esta ley.

En todo caso, el expediente de ampliación de créditos deberá establecer la fuente de financiación de dicha ampliación, distinguiendo si el mismo se financia con retenciones en otros créditos, con mayores recursos que se vayan a obtener, con remanente de tesorería, con endeudamiento dentro de los límites autorizados o con otras formas de financiación que no entrañen déficit presupuestario.

Anualmente las leyes de presupuestos establecen otros supuestos de créditos con la condición de ampliables. Así, la Ley de presupuestos para el año 2011 ha establecido en su artículo 8 que tendrán excepcionalmente condición de ampliables, entre otros, los créditos siguientes:

- a) Los destinados al pago de los premios de cobranza autorizados por la recaudación de tributos y demás ingresos de derecho público.
- b) Los destinados a satisfacer las cantidades que deben percibir las personas titulares de oficinas liquidadoras de los distritos hipotecarios.
- c) Las obligaciones contraídas en el exterior y que deban ser pagadas en divisas de cambio variable, por la diferencia existente entre el tipo de cambio previsto y su importe real en el momento del pago.
- d) Los destinados al pago de las obligaciones derivadas de intereses de operaciones de crédito avaladas por la Comunidad Autónoma.
- e) Los créditos de transferencias a favor de la Comunidad Autónoma que figuren en los presupuestos de gastos de los organismos autónomos y de las agencias públicas autonómicas hasta el importe de los remanentes de tesorería que resulten como consecuencia de su gestión.
- f) Los destinados al pago de prestaciones familiares, por hijos menores de tres años a su cargo, a personas que no están obligadas a presentar declaración por el impuesto sobre la

renta de las personas físicas.

g) Los destinados al pago de la liquidación de ejercicios anteriores que corresponde al Fondo de Cooperación Local.

h) Los créditos vinculantes incluidos en las aplicaciones 120.20, «Sustituciones de personal no docente», 120.21, «Sustituciones de personal docente», y 120.22, «Regularización de la parte proporcional de las vacaciones de los sustitutos docentes», que se considerarán ampliables únicamente con retenciones en otros créditos del capítulo I de la propia sección presupuestaria o organismo autónomo.

i) Los destinados al pago de ayudas directas a mujeres víctimas de malos tratos.

j) Los destinados al Fondo de Garantía de Avals, ampliación que se financiará con bajas en las correspondientes al Instituto Gallego de Promoción Económica.

#### **4. TRANSFERENCIAS.**

A pesar de no estar definidas en el TRLRFP, podemos decir que es la modificación más habitual del presupuesto consistente en minorar uno o más créditos para incrementar uno u otros créditos. Por tanto, no inciden en el gasto público ya que se trata de operaciones internas que no alteran el equilibrio presupuestario.

##### **4.1. COMPETENCIAS.**

En primer lugar, el artículo 65 del TRLRFP regula aquellas transferencias de crédito cuya autorización es competencia del **Consello de la Xunta de Galicia**, a propuesta del conselleiro de Economía y Hacienda, y a iniciativa de las consellerías correspondientes:

a) Autorizar transferencias de créditos entre programas incluidos en distinto grupo de función, correspondientes a servicios u organismos autónomos de una misma consellería.

b) Autorizar transferencias de créditos entre uno o varios programas incluidos en la misma función, correspondientes a servicios u organismos autónomos de diferentes consellerías.

c) Autorizar transferencias de crédito entre programas incluidos en distintas funciones, correspondientes a servicios u organismos autónomos de diferentes consellerías, siempre que se trate de reorganizaciones administrativas o que se produzcan como consecuencia de la aplicación de los recursos procedentes del Fondo Europeo de Desarrollo Regional o

del Fondo Social Europeo.

d) Autorizar transferencias de créditos a propuesta del conselleiro de Economía y Hacienda de las dotaciones no utilizadas en los programas de las distintas secciones del presupuesto a los distintos conceptos del programa de imprevistos y funciones no clasificadas, habilitando los créditos que sean necesarios para su posterior reasignación.

De cada una de las modificaciones autorizadas por el Consello de la Xunta se dará cuenta de modo singular, en el plazo máximo de treinta días, a la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos, con remisión de copia del correspondiente expediente.

En el artículo 66 del TRLRFP se regulan las facultades de **la Consellería de Economía y Hacienda**, de forma que corresponden al conselleiro de Economía y Hacienda, además de las competencias genéricas atribuidas a los titulares de las consellerías, las siguientes de carácter específico:

a) Autorizar transferencias de crédito entre uno o varios programas incluidos en la misma o distinta función, dentro del mismo grupo de funciones, correspondientes a servicios u organismos autónomos de una misma consellería, con la creación de nuevos conceptos presupuestarios, si ello fuese preciso.

b) Autorizar transferencias de créditos desde el programa de imprevistos y funciones no clasificadas a los conceptos y artículos de los demás programas de gasto, cualquiera que sea la función o sección a que corresponda.

La consellería o el organismo autónomo que solicite la transferencia deberá justificar la imposibilidad de atender las insuficiencias mediante reajuste de sus créditos. A tal efecto, deberá procederse a una revisión de conjunto de los oportunos programas de gasto, poniendo de manifiesto las desviaciones que en la consecución de los objetivos previstos motivaría la modificación presupuestaria propuesta.

Por último, el artículo 67 regula las facultades de **los conselleiros** en materia de modificaciones presupuestarias, de forma que los titulares de las consellerías podrán autorizar, previo informe de la intervención delegada correspondiente, las transferencias de créditos entre diferentes conceptos del capítulo II, de un mismo programa, correspondientes a un mismo o diferente servicio u organismo autónomo dependiente de

la consellería, siempre que no afecten a créditos de atenciones protocolarias o representativas ni supongan desviación en la consecución de los objetivos previstos para el programa respectivo.

En todo caso, una vez autorizadas las modificaciones presupuestarias, se remitirán a la dirección general competente en materia de presupuestos de la Consellería de Economía y Hacienda, para instrumentar su ejecución.

#### 4.2. LIMITACIONES

Para las transferencias de crédito se establecen en el artículo 68 del TRLRFPG una serie de limitaciones que pasamos a analizar a continuación.

Sin embargo, conviene resaltar que el artículo 68.3 establece como estas limitaciones no afectarán a las transferencias de créditos que se refieran al programa de imprevistos y funciones no clasificadas o realizadas al amparo del artículo 60.2 de la presente ley, ni serán de aplicación cuando se trate de créditos modificados a consecuencia de reorganizaciones administrativas, de acuerdos de transferencias de servicios o que amparen gastos financiados exclusivamente o cofinanciados con transferencias finalistas del Estado o con fondos de la Unión Europea.

Las limitaciones establecidas en el artículo 68 son la siguientes:

1. No afectarán a los créditos ampliables ni a los extraordinarios concedidos durante el ejercicio.
2. No podrán minorarse los créditos incorporados como consecuencia de remanentes de ejercicios anteriores ni los que fuesen incrementados con suplementos o transferencias, salvo cuando afecten a créditos de personal.
3. No podrán incrementarse créditos que como consecuencia de otras transferencias fuesen objeto de minoración, salvo cuando afecten a crédito de personal.

## **5. GENERACIÓN DE CRÉDITOS (artículo 69 del TRLRFPG).**

Las generaciones son, junto con las transferencias de crédito, las únicas modificaciones presupuestarias que no alteran el equilibrio presupuestario puesto que únicamente se podrán generar si con anterioridad se ha producido un ingreso.

De conformidad con el artículo 66.f) del TRLRFPG, corresponde a la conselleira de Hacienda la competencia para autorizar las generaciones de crédito previstas en el artículo 69.

Así, el artículo 69 dispone como podrán generar crédito en los estados de gastos de los presupuestos los ingresos efectivos, los derechos liquidados y los compromisos firmes de ingresos derivados de las siguientes operaciones:

- a) Aportaciones de otras administraciones públicas o de personas físicas o jurídicas para financiar gastos que, por su naturaleza, estén comprendidos en los fines u objetivos encomendados a la Comunidad Autónoma o a sus organismos autónomos.
- b) Enajenación de bienes de la Comunidad o de sus organismos autónomos.
- c) Prestación de servicios.
- d) Reembolso de los préstamos destinados a atenciones sociales y a la promoción y al fomento de la actividad económica y cultural de Galicia.
- e) Créditos del exterior para financiar inversiones públicas.

Las generaciones de crédito a que se hace referencia en el número anterior únicamente podrán realizarse por el exceso de ingresos sobre las cifras inicialmente presupuestadas, y cuando se deriven de operaciones incluidas en el apartado c) se destinarán únicamente a cubrir gastos de la misma naturaleza que los que se originaron por la prestación del servicio.

Las generaciones de crédito se efectuarán en el mismo ejercicio en que se ha producido el ingreso, salvo cuando tenga lugar en el último trimestre del año o cuando se trate de fondos procedentes de la Unión Europea o de la Administración central del Estado, casos en que podrá generarse crédito en el ejercicio siguiente, siempre que se justifique la imposibilidad de tener tramitada la generación en el mismo ejercicio en que se ha

producido el ingreso. En este caso, el límite a que se refiere el apartado anterior se entenderá referido al presupuesto de origen.

## **6. OTRAS MODIFICACIONES**

### **6.1 REPOSICIÓN DE CRÉDITOS (artículo 70 del TRLRFPG).**

De conformidad con el artículo 66 del TRLRFPG, corresponde a la conselleira de Hacienda la competencia para autorizar las reposiciones de crédito previstas en el artículos 70.

Los ingresos derivados del reintegro de pagos indebidos con cargo a créditos presupuestarios podrán reponer estos últimos en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

### **6.2. INCORPORACIONES DE CRÉDITO (artículo 71 del TRLRFPG).**

De conformidad con el artículo 66.e) del TRLRFPG, la competencia para autorizar las incorporaciones de crédito previstas en el artículo 71 es de la conselleira de Economía y Hacienda.

El artículo 59 del TRLRFPG establece la regla general de la anulación de créditos, de forma que los créditos destinados a atender gastos que en el último día del ejercicio presupuestario no estén afectados al cumplimiento de obligaciones reconocidas quedarán anulados de pleno derecho, salvo las excepciones contempladas en el artículo 71 de la presente ley.

Y es precisamente el artículo 71 el que regula las incorporaciones de crédito permitiendo la incorporación a los estados de gastos del presupuesto correspondiente al ejercicio inmediato siguiente en los siguientes supuestos:

- a) Los créditos extraordinarios y los suplementos de crédito, así como las transferencias de crédito, que se concediesen o autorizasen, respectivamente, en el último mes del ejercicio presupuestario y que, por causas justificadas, no pudiesen ser utilizados durante el mismo.
- b) Los créditos que contemplen compromisos de gastos anteriores al último mes del ejercicio presupuestario y que no pudiesen ejecutarse al final del ejercicio económico por causas justificadas.

Será preciso que tales compromisos de gastos alcanzasen la fase de disposición en

contabilidad antes del último mes del ejercicio.

c) Los créditos destinados a operaciones de capital.

d) Los créditos autorizados en función de la efectiva recaudación de derechos afectados a los mismos.

e) Los créditos generados por las operaciones enumeradas en el artículo 69 de la presente ley.

Por otra parte, los remanentes incorporados según lo previsto anteriormente únicamente podrán ser aplicados dentro del ejercicio presupuestario en el que la incorporación se acuerde, a excepción de los que correspondan a créditos financiados por el Fondo de Compensación Interterritorial o por fondos o subvenciones finalistas procedentes de la Unión Europea o de otras administraciones públicas, que podrán ser incorporados en tanto persista el derecho a la percepción del ingreso que los financia.

Los créditos correspondientes a financiación condicionada serán incorporables de acuerdo con la normativa que les sea aplicable en cada caso. De no existir esta, se registrarán por las normas de la presente ley.

El conselleiro de Economía y Hacienda podrá acordar, con carácter general, la incorporación automática al ejercicio siguiente de los créditos a que se refiere el apartado d) anterior.

### 6.3. GASTOS PLURIANUALES (artículo 58 del TRLRFPG).

No obstante el carácter anual del presupuesto, en el artículo 58 del TRLRFPG se permite que se puedan adquirir compromisos de gastos de carácter plurianual, aunque su ejecución haya de iniciarse en el ejercicio siguiente, cuando su contenido coincida con los que a continuación se especifican:

a) Inversiones y transferencias de capital.

b) Transferencias corrientes derivadas de normas con rango de ley, o que se concediesen a través de convocatorias o firma de convenios, previa autorización del compromiso plurianual por parte del Consello de la Xunta.

c) Gastos en bienes y servicios cuya contratación bajo las modalidades establecidas en la



Ley de contratos del sector público no pudiera ser estipulada o resultase antieconómica por plazo que comprenda un solo ejercicio presupuestario.

d) Arrendamientos de bienes inmuebles que vayan a ser utilizados por organismos o servicios de la Comunidad Autónoma.

e) Cargas financieras derivadas de operaciones de endeudamiento de la Comunidad o de sus organismos autónomos.

f) Activos financieros.

g) Convenios con universidades y otras instituciones o centros docentes cuando aquellos hayan de ejecutarse durante cursos académicos coincidentes con dos ejercicios presupuestarios.

La autorización o realización de los gastos de carácter plurianual se subordinará a los créditos que para cada ejercicio se consignen en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma.

En cuanto a las **limitaciones** para adquirir estos compromisos de carácter plurianual existen las siguientes:

1.- El número de ejercicios a los que pueden aplicarse los gastos incluidos en las letras a), b), c), f) y g) no podrá ser superior a cuatro.

2.- El gasto que en estos casos se comprometiese con cargo a ejercicios futuros no podrá exceder del resultado de aplicar al crédito inicial, a nivel de concepto, los siguientes porcentajes:

- En el ejercicio inmediato siguiente, el 70%.
- En el segundo ejercicio, el 60%.
- En los ejercicios tercero y cuarto, el 50%.

3.- El gasto tampoco podrá ser inferior al 10% del importe total del expediente de gasto en ninguno de los años a los que se extienda su ejecución material, salvo, en su caso, en el último ejercicio.

El total de los importes comprometidos con cargo a ejercicios futuros en el conjunto de los conceptos que definen un nivel de vinculación no podrá sobrepasar los porcentajes arriba

indicados, calculados sobre el crédito inicial de ese conjunto de conceptos.

### **Supuestos especiales de gastos plurianuales:**

- En los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10% del importe de adjudicación, en el momento en que la misma se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago de la certificación final. Estas retenciones computarán dentro de los porcentajes establecidos en este artículo.
- También podrá ser diferido el pago del precio de compra de las adquisiciones de bienes inmuebles cuando el importe exceda de 350 millones de pesetas, sin que en ningún caso el desembolso inicial a la firma de la escritura pueda ser inferior al 30% del precio, pudiendo distribuirse libremente el resto hasta en cuatro anualidades sucesivas a los respectivos vencimientos dentro de las limitaciones del punto anterior.
- Para aquellos programas y proyectos de gastos de capital que se especifiquen en las leyes de presupuestos, podrán adquirirse compromisos de gastos que tengan que extenderse a ejercicios futuros hasta el importe que para cada una de las anualidades se determine.

### **Modificación de los límites:**

El Consello de la Xunta, a propuesta del conselleiro de Economía y Hacienda, podrá modificar los porcentajes señalados anteriormente así como modificar el número de anualidades en casos especialmente justificados, a petición de la correspondiente consellería y previos los informes que se estimen oportunos y, en todo caso, el de la dirección general competente en materia de presupuestos.

Este procedimiento será igualmente de aplicación en el caso de los contratos de obras que se efectúen bajo la modalidad de abono total de los mismos, según lo previsto en el artículo 99.2 del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, bien se pacte el abono total del precio de una sola vez o se fraccione en distintas anualidades, que no podrán ser

superiores a diez desde la fecha fijada para la conclusión de las obras.

Los compromisos de gastos de carácter plurianual a que hace referencia el presente artículo serán adecuadamente contabilizados de forma independiente.

**ALMUDENA CHACÓN PICHEL**

**REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 4**

# **EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA. FASES.**

#### **TEMA 4. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA. FASES.**

- El procedimiento de ejecución presupuestaria
  - ⊙ El concepto de ejecución presupuestaria
  - ⊙ El concepto de gasto público
  - ⊙ El acto administrativo de gasto
  - ⊙ Los principios de la actividad financiera
- Fases
  - ⊙ Aprobación del gasto
  - ⊙ Compromiso de gasto
  - ⊙ Reconocimiento de obligaciones y propuesta de pago
  - ⊙ Ordenación del pago
  - ⊙ Contabilidad de la ejecución presupuestaria
  - ⊙ Algunas especialidades en el procedimiento de ejecución presupuestaria.

## **1. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA.**

La expresión “procedimiento de ejecución presupuestaria” implica partir del análisis de la misma como manifestación de una de las facultades que tiene la Administración pública autonómica: la de realizar actos con contenido económico.

Esta actividad de la Administración autonómica se plasma con carácter previo al inicio de cada ejercicio presupuestario en la elaboración de los presupuestos, tal y como fueron definidos en los temas anteriores.

El artículo 53 del Estatuto de autonomía de Galicia (Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril, en adelante EAG) establece que “1. Corresponde a la Xunta o Gobierno la elaboración y aplicación del presupuesto de la Comunidad Autónoma gallega y al Parlamento, su examen, enmienda, aprobación y control. El presupuesto será único e incluirá la totalidad de los gastos e ingresos de la Comunidad Autónoma gallega y de los organismos, instituciones y empresas de ella dependientes”. Partiendo de la condición de meramente estimativos de los datos de ingresos que se consignan en los presupuestos, el concepto de ejecución presupuestaria debe entenderse referido fundamentalmente a la ejecución presupuestaria del gasto público.

Debemos en primer lugar, por tanto, definir el concepto de gasto público como la aplicación por parte de las administraciones públicas de sus recursos financieros, destinándolos a financiar el desarrollo de las actividades que les son propias y, en general, el cumplimiento de los fines que constitucionalmente tienen asignados.

Más en concreto, desde el punto de vista del derecho administrativo, el acto administrativo de gasto no constituye una categoría particular al margen o en contraposición a la del acto administrativo general. La especialidad de estos actos reside en el órgano del que emanan, un órgano de la Administración financiera y en el fin al que se orientan, la realización de un gasto público.

Se darán, por tanto, en el acto administrativo de gasto los mismos elementos que en un acto administrativo “genérico”:

- Subjetivo: emana de un órgano de la Administración que tenga atribuida legalmente la competencia (por ejemplo, la competencia para firmar en nombre de la

Xunta un contrato y comprometer a la Hacienda pública gallega; en la normativa gallega está atribuida con carácter general por la Ley 1/1983 de la Xunta y su Presidencia, en su artículo 34.10, a los titulares de las distintas consellerías).

- Objetivo: todo acto administrativo de gasto ha de ser posible, lícito y determinado (o determinable).
- Causal: fin que el órgano administrativo ha perseguido con su actuación.
- Formal: comprende dos requisitos, el procedimiento tal y como con carácter general señalan el artículo 105 de la Constitución española (CE) y el artículo 53 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en adelante Ley 30/1992), y la motivación, tal y como exige el artículo 54 de la Ley 30/1992.

Analizado el concepto de gasto público, el procedimiento de ejecución presupuestaria del gasto público remite a una consideración preliminar: la actuación de un sujeto peculiar como es la Administración pública, que debe producirse ligada a un marco normativo del que se deriva un procedimiento concreto (así, el artículo 133.4 de la CE señala que “Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones y realizar gastos de acuerdo a las leyes”). La aplicación de una serie de recursos económicos para la realización de su actuación debe llevarse a cabo siguiendo unos pasos determinados que llevan aparejados una serie de controles específicos, consecuencia en última instancia del principio de legalidad de la actuación administrativa establecido en el artículo 103 de la CE. Es una manifestación, por tanto, del procedimiento administrativo.

Por otra parte, este procedimiento responde a un momento concreto del ciclo presupuestario ya estudiado y, como hemos señalado, es consecuencia de la misma existencia de un presupuesto. A lo largo de un año se produce la elaboración de los presupuestos, que culmina con su aprobación por parte del Parlamento gallego tal y como señala el artículo 53.1 del EAG.

El presupuesto guiará la actuación del año siguiente de la Administración dentro de un escenario plurianual, tal y como señala el artículo 46.2 del TRLRFPG.

Se ha afirmado también que el procedimiento de ejecución presupuestaria es

consecuencia de la existencia de un presupuesto porque, si bien, como también se ha señalado, los ingresos recogidos en él son una previsión, en el caso de los gastos, tiene un carácter limitativo (así lo señala el artículo 56.2 del TRLRFPG: “Los créditos autorizados en los programas de gastos tienen carácter limitativo y vinculante a nivel de concepto.”). Por ello, como señala la doctrina, este procedimiento se orienta a “garantizar la legalidad financiera de los actos administrativos de gasto, tanto en interés de la Hacienda pública como del particular que se relaciona con la Administración, que, en caso de inexistencia de cobertura presupuestaria, se vería imposibilitado de cobrar sus créditos”.

Sin embargo, en la relación entre la Administración y los terceros que conlleva el procedimiento de ejecución presupuestaria no nos encontramos ante una relación “entre iguales”. La Administración goza de una serie de prerrogativas que se manifiestan en tres fundamentalmente:

- El carácter inembargable que tiene el patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia, lo que invalida la garantía que el Código civil reconoce acreedor civil frente al deudor particular. Así lo recoge el artículo 25 del TRLRFPG al señalar que: “1. Los tribunales, jueces y autoridades administrativas no podrán despachar ni dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo contra los derechos, fondos, valores y demás bienes de la Hacienda de la Comunidad”.
- Las obligaciones de la Administración sólo resultarán exigibles en la medida en que exista una consignación presupuestaria.
- El denominado “principio de servicio cumplido o de prestación hecha”, que prohíbe a la Administración satisfacer su obligación si previamente el particular no ha cumplido o garantizado plenamente la suya. Así lo recoge el artículo 24.3 del TRLRFPG: “Cuando dichas obligaciones tengan por causa prestaciones o servicios a la Administración de la Comunidad, el pago no podrá realizarse mientras el acreedor no cumpla o garantice, conforme a la ley, su respectiva obligación”.

Frente a estos “privilegios” o prerrogativas, ¿cuál es la posición jurídica del acreedor de la Hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Galicia que resulte afectado por el procedimiento de ejecución presupuestaria? Algunos autores de forma simplemente enumerativa señalan que los derechos atribuidos al acreedor de la Comunidad Autónoma



de Galicia serían:

- Derecho al reconocimiento o liquidación de obligaciones por parte de la Hacienda pública, tal y como recoge el TRLRFPG al regular la prescripción y sus plazos en el apartado primero del artículo 27.
- Derecho a intimar por escrito el cumplimiento de la obligación. El artículo 26 del TRLRFPG recoge este derecho al fijar que: "Si el pago de las obligaciones de la Comunidad no se le hiciese efectivo al acreedor en el plazo de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la propia obligación, este tendrá derecho al abono de los correspondientes intereses de demora sobre la cantidad debida al tipo establecido en el apartado 2 del artículo 21, siempre que reclame por escrito el cumplimiento de la obligación".
- Derecho a exigir el pago de las obligaciones ya reconocidas o liquidadas. El apartado segundo del artículo 27 señala que: "2. La petición por escrito del reconocimiento o del cumplimiento de la obligación, o de la efectividad de su pago, por parte de los acreedores legítimos, o de los que se subroguen en sus derechos, mediante la presentación de los documentos justificativos de su derecho, interrumpirá la prescripción, según lo dispuesto en el Código civil, salvo lo establecido en leyes especiales".
- Derecho a entablar reclamaciones económico-administrativas.
- Derecho a ser notificado de los actos del procedimiento administrativo de gasto. Este derecho se recoge implícitamente en el artículo 27.1.b) del TRLRFPG ("El derecho a exigir el pago de las obligaciones reconocidas o liquidadas. El plazo se contará desde la fecha de notificación del reconocimiento o de la liquidación de la respectiva obligación).

Debemos, por último, señalar en este epígrafe una serie de principios específicos que resultan aplicables a la actividad financiera de la Comunidad Autónoma de Galicia. El artículo 4 del TRLRFPG, bajo la rúbrica de "Principios presupuestarios y control", señala que:

“La actividad económico-financiera de la Comunidad Autónoma de Galicia estará sometida al régimen de presupuesto anual y a los principios de control interno, de contabilidad y de unidad de caja que se determinan en la presente ley”.

Estos principios específicos son:

1. Principio de anualidad presupuestaria
2. Principio de universalidad
3. Principio de unidad de caja
4. Principio de control
5. Principio de contabilidad

Estos principios condicionarán el procedimiento de ejecución presupuestaria junto con los principios generales administrativos analizados al principio de este tema. Por ello exigen un breve análisis.

El principio de anualidad presupuestaria se recoge en el artículo 47 del TRLRFP, que señala que “El ejercicio presupuestario coincidirá con el año natural y a él se imputarán:

- a) Los derechos liquidados en el transcurso del mismo, cualquiera que sea el periodo al que correspondan.
- b) Las obligaciones reconocidas hasta el 31 de diciembre del correspondiente ejercicio, como consecuencia de adquisiciones, obras, suministros, prestaciones de servicios u otro tipo de gastos realizados con cargo a los créditos respectivos dentro del correspondiente año natural, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto 2 del artículo 60”.

El principio de universalidad significa que todos los ingresos previstos y gastos que vayan a ser reconocidos durante el ejercicio han de figurar en el presupuesto de la Comunidad Autónoma de Galicia, sin que pueda existir previa compensación entre ellos. Sin embargo, el incumplimiento de este mandato viene propiciado por la norma misma, ya que se permite la existencia de modificaciones de crédito (capítulo II del título III del TRLRFP) a partir de las cuales se podrán autorizar gastos cuyas partidas no habían sido previstas.

El principio de unidad de caja supone la centralización de todos los fondos y valores en el

Tesoro público, de tal forma que la tesorería estará formada por todos los recursos (dinero, valores, crédito y demás procedentes del endeudamiento) tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias. Se recoge en el artículo 88 del TRLRFP, en particular en su letra b), al señalar que “son funciones propias de la tesorería:

- La gestión recaudatoria de los recursos y el pago de las obligaciones de la Comunidad y de sus organismos autónomos.
- Instrumentar y servir al principio de unidad de caja, mediante la centralización de todos los fondos y valores generados por operaciones presupuestarias y extrapresupuestarias.
- Distribuir en el tiempo y en el territorio las disponibilidades dinerarias para la satisfacción puntual de las obligaciones de la Comunidad.
- Velar por la obtención de la adecuada rentabilidad de los recursos disponibles de la Comunidad sin menoscabo de los fines propios de la tesorería.
- Responder de los avales contraídos por la Comunidad conforme a las disposiciones de esta ley.
- Las demás funciones que se deriven o relacionen con las anteriores enumeradas”.

En cuarto lugar, si bien el artículo 4 del TRLRFP sólo nombra el control interno, el principio de control se desdobra en dos: control interno y control externo.

El control externo aparece recogido en el artículo 136 de la CE al señalar que: “1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la cuenta general del Estado”. Estas competencias las atribuye el artículo 53.2 del EAG al Consejo de Cuentas al señalar que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136 y en el apartado d) del artículo 153 de la CE, se crea el Consejo de Cuentas de Galicia. Una ley de Galicia regulará su organización y funcionamiento y establecerá las garantías, normas y procedimientos para asegurar la rendición de las cuentas de la Comunidad Autónoma, que deberá someterse a la aprobación del Parlamento”.

El control interno, en su triple vertiente de control de legalidad, presupuestario y de

eficacia y eficiencia, está encomendado en la Comunidad Autónoma de Galicia a la Intervención General y sus unidades dependientes. Así lo establece como principio el artículo 4.3 del TRLRFPG al señalar que: *“La Intervención General de la Comunidad Autónoma será el órgano encargado de la ejecución de las funciones de control interno y de contabilidad reguladas en la presente ley”*. Esta competencia se desarrolla en los artículos 93 y siguientes del TRLRFPG.

Por último, el principio de contabilidad es la consecuencia obligada de la ejecución presupuestaria, tanto para reflejar toda clase de operaciones y resultados de la actividad de la Hacienda pública como para facilitar datos e información necesarios para el desarrollo de las funciones de la Comunidad Autónoma. Tal y como hemos señalado para el anterior principio, la competencia para la “llevarza” de la contabilidad en la Comunidad Autónoma de Galicia está atribuida a la Intervención General. En consonancia con lo anterior, el artículo 1 del TRLRFPG afirma que constituye una materia propia de la Hacienda pública de Galicia “el sistema de contabilidad a que debe someterse la actuación económica de los órganos competentes del sector público gallego”.

## **2. FASES DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA.**

Una vez analizados los conceptos y principios básicos del procedimiento de ejecución presupuestaria, es necesario analizar sus fases y trámites necesarios.

En el ámbito estatal, el procedimiento ordinario de la gestión de los gastos, según el artículo 73 LGP, remite a las siguientes fases:

- La ordenación del gasto, que incluye la aprobación del gasto, compromiso de gasto y reconocimiento de la obligación.
- La ordenación del pago y el pago material.

El artículo 72 del TRLRFPG señala que: “Corresponde a los órganos estatutarios, salvo lo que establezcan otras leyes aplicables, a los conselleiros y demás órganos de la Comunidad Autónoma que tuviesen dotaciones diferenciadas en sus estados de gastos autorizar los gastos referentes a los servicios a su cargo, excepto en los casos reservados por las leyes a la competencia de la Xunta de Galicia, así como autorizar los actos de disposición de créditos y de reconocimiento de obligaciones, y proponer al conselleiro de

Economía y Hacienda la ordenación de los correspondientes pagos”.

Parte por tanto el artículo 72, aunque fuere de forma implícita, de la tradicional división entre ordenación del gasto y ordenación del pago. De acuerdo con esta separación, el artículo 73 recoge las fases en las que se divide la gestión económica y financiera de los derechos y créditos incluidos en los presupuestos de la Comunidad Autónoma y de sus organismos autónomos. De acuerdo con este artículo, las fases de la ejecución del gasto son:

- a. aprobación del gasto
- b. disposición o compromiso
- c. reconocimiento de la obligación
- d. la propuesta de pago
- e. ordenación del pago o pago material

Por otro lado, este mismo artículo separa la fase de ordenación del pago, que doctrinalmente se divide en dos subfases: ordenación formal y ordenación material o pago efectivo.

#### LA APROBACIÓN DEL GASTO

La denominada aprobación o autorización del gasto, según el artículo 73.a.1 del TRLRFPG es “el acto en virtud del cual la autoridad competente acuerda la realización de un gasto, calculado en forma cierta o aproximada, reservando a tal fin la totalidad o una parte del crédito presupuestario legalmente destinado a garantizar el cumplimiento de las obligaciones que puedan ser consecuencia de aquel, teniendo en cuenta la naturaleza económica de las mismas”.

La autorización es la operación contable que refleja el acto de autorización del gasto regulado por el artículo 73 del TRLRFPG. Este acto no implica aún relación con interesados ajenos al centro gestor, pero supone la puesta en marcha del proceso administrativo.

Además, será necesario, de acuerdo con el artículo 73 citado, que con carácter previo o a continuación del acto de autorización se realicen una serie de actuaciones cuya finalidad es la conformación del expediente de gasto y que son las siguientes:

- La propuesta de gasto, que formulan los servicios dependientes del ordenador del gasto (por lo general, aparecerá regulado en los decretos de estructura y órdenes de delegación de competencias que desarrollan la estructura y competencias de cada una de las unidades administrativas que componen la Xunta de Galicia).

Aunque no hay una determinación legal del tipo de precisiones que debe contener la propuesta de gasto, se entiende que, entre otros aspectos, se deben incluir la exposición de la necesidad y el fin del gasto, su importe exacto o máximo, la aplicación presupuestaria (descrita a partir de la clasificación orgánica, económica y programa) y la normativa que da cobertura a la actuación.

- El certificado de existencia de crédito (que acredita la cobertura presupuestaria) y simultánea retención del crédito, asiento contable mediante el cual el remanente del crédito que se ha certificado queda indisponible para destinarlo a finalidad distinta.

- La fiscalización previa, ya que el artículo 94 del TRLRFP establece en su punto 2 que: *“La función interventora tiene por objeto controlar todos los actos, documentos y expedientes de la Comunidad y de sus organismos autónomos de los que pudiesen derivarse derechos y obligaciones de contenido económico, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven y, en general, la recaudación, la inversión o la aplicación de los fondos públicos, a fin de asegurar que la gestión de los órganos controlados se ajuste a las disposiciones aplicables a cada caso”*. En relación con lo anterior el artículo 95 señala que la función interventora puede realizarse a través de la fiscalización previa, *“o intervención previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos y obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos y valores”*, en la que uno de los requisitos esenciales que deben comprobarse es la existencia de crédito presupuestario y que este es el adecuado a la naturaleza del gasto o de la obligación que se propone contraer (artículo 97.2.a). Esta fiscalización previa puede definirse como el trámite en virtud del cual el órgano interventor informa al gestor de que el expediente reúne cuantos requisitos exigen las normas y, por tanto, puede realizarse el gasto que se pretende llevar a cabo.

De esta definición se deriva lo que constituye un requisito indispensable para el procedimiento y que ya se ha mencionado: la existencia de un crédito presupuestario. Se

trata, por tanto, de un control de legalidad de la propuesta y que tiene lugar antes de que se autorice el gasto. El artículo 97.1 del TRLRFPG excluye de este trámite una serie de supuestos. El informe de fiscalización previa del gasto se convierte así en preceptivo y en cierta medida vinculante.

Según el artículo 99 del TRLRFPG, si la Intervención no está de acuerdo con el gasto a realizar deberá consignar sus reparos por escrito.

De acuerdo con el artículo 100, si los reparos afectan a la autorización y disposición de gastos, al reconocimiento de obligaciones o al ordenamiento de pagos, se originará la suspensión de la tramitación del expediente hasta que aquellos no sean subsanados en los siguientes casos:

1. Cuando se basen en la insuficiencia o inadecuación del crédito al que se proponga imputar el gasto, la obligación o el pago.
2. Cuando se aprecien graves irregularidades en la documentación justificativa de las órdenes de pago o no se acredite suficientemente el derecho del perceptor.
3. Cuando el gasto se proponga a un órgano que carezca de competencia para su aprobación.
4. Cuando se omitan en el expediente requisitos o trámites que se consideren esenciales a juicio de la Intervención o cuando esta estime que la continuación del procedimiento pudiese causar quiebras económicas a la Comunidad Autónoma o a un tercero.
5. Cuando el reparo sea consecuencia de comprobaciones de materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

La Intervención podrá fiscalizar favorablemente, a pesar de los defectos que se observen en el expediente, siempre que los requisitos o los trámites incumplidos no sean esenciales.

En estos supuestos la eficacia de la fiscalización quedará condicionada a la reparación de aquellos defectos con anterioridad a la aprobación del expediente. El órgano gestor remitirá a la Intervención la documentación justificativa de que se repararon dichos defectos.

De no reparar el órgano gestor los defectos indicados, para la continuación del expediente se considerará formulado el correspondiente reparo.

El artículo 101 señala que: "Cuando el órgano al que se dirija el reparo lo acepte, deberá reparar las deficiencias observadas y remitir de nuevo las actuaciones a la Intervención. Por contra, cuando el órgano gestor no acepte el reparo deducido, formulará discrepancia, que deberá ser motivada con citas de los preceptos legales en los que sustente su criterio.

Si el reparo fuese formulado por una intervención delegada, corresponderá a la Intervención General de la Comunidad conocer de la discrepancia y su resolución será obligada para aquella. Si el reparo fuese formulado por la Intervención General de la Comunidad o esta confirmase en todo o en parte el de una intervención delegada y subsista la discrepancia, corresponderá a la Xunta de Galicia adoptar una resolución definitiva."

El trámite de fiscalización previa, dado el carácter de generalidad con que se exige, puede provocar retrasos en la tramitación de los gastos. Por ello, el artículo 97 combina la fiscalización limitada y el muestreo de expedientes, estableciendo que el Consello de la Xunta, a propuesta del conselleiro de Economía y Hacienda, y previo informe de la I.G.C.A. podrá acordar que la intervención previa se limite a comprobar determinados extremos, como son la existencia de crédito presupuestario adecuado y suficiente, o el que las obligaciones o gastos se generan por el órgano competente. Este artículo permite al Consello de la Xunta establecer otros extremos a comprobar.

- La aprobación del gasto. Una vez fiscalizada la propuesta, se produce la aprobación del expediente de gasto por el órgano competente para la aprobación del gasto. Por tanto, se trata de un acto interno de la Administración no declarativo de derechos. La autorización del gasto tiene sentido y verdadera individualidad en el caso en el que la competencia para la autorización y el compromiso de gasto (fase siguiente) pertenece a órganos distintos.

## COMPROMISO DE GASTO O DISPOSICIÓN

De acuerdo con el artículo 73.a.2 del TRLRFP, *"La disposición, que es el acto en virtud del que se acuerda, concierta o determina, según los casos, después de cumplir los*



*trámites que de acuerdo con el derecho procedan, la cuantía concreta que debe alcanzar el compromiso económico para la realización de todo tipo de prestaciones. Con los actos de disposición queda formalizada la reserva del crédito por un importe y unas condiciones exactamente determinados”.*

Por la relevancia de este acto es por lo que se establece la prohibición de adquisición de compromisos de gasto sin crédito, recogida en el artículo 57 del TRLRFP, que determina: “No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos figurados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a ley que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”.

#### RECONOCIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

El artículo 73.a.3 del TRLRFP define el reconocimiento de la obligación como “*la operación de contraer en cuentas los créditos exigibles contra la Comunidad de Galicia que deban acreditarse como contraprestación económica derivada de los acuerdos, de los conciertos o de las normas resolutorias que determinen la disposición de un crédito, una vez realizada y justificada adecuadamente la correspondiente prestación y efectuada la pertinente liquidación*”.

Si en la fase de compromiso de gasto han surgido una serie de derechos y obligaciones tanto por parte de la Administración como de un administrado, con las actuaciones tendentes al reconocimiento de la obligación de pago se inician los actos del procedimiento dirigidos al cumplimiento por parte de la Administración de la obligación a su cargo (es decir, a la entrega de una cantidad de dinero).

Se produce, por tanto, necesariamente el cumplimiento de dos requisitos. Un requisito de fondo que consiste, en el caso de las obligaciones recíprocas, en que el acreedor haya cumplido la prestación a su cargo, de acuerdo con la denominada “regla del servicio hecho”, según la cual, con arreglo a lo que establece el párrafo 3 del artículo 24 del TRLRFP, ello debe acreditarse aportando la documentación que acredite la realización de la prestación o derecho del acreedor (una factura...). Ello es competencia no sólo de la Intervención, sino de la propia Administración gestora y cuyo resultado se refleja en un acta o certificado de recepción, que forma parte de las cuentas justificativas de la

inversión.

Los requisitos formales son los actos de reconocimiento y liquidación de la obligación. La primera expresión hace referencia al acto administrativo mediante el cual la Hacienda pública acepta formalmente el crédito a su cargo. El segundo, que se practica conjuntamente con el acto de reconocimiento, tiene por misión determinar el importe exacto de dicho crédito.

#### PROPUESTA DE PAGO

Por último, de acuerdo con el artículo 73.a.4), “El ordenamiento del pago, que es la operación en virtud de la cual el ordenador competente, previa propuesta de pago realizado por quien ha reconocido la existencia de la obligación, expide la orden de pago contra la tesorería de la Comunidad a favor del respectivo acreedor”.

Este acto es el nexo entre la etapa de ordenación del gasto y de ordenación del pago.

#### LA ORDENACIÓN DEL PAGO O PAGO MATERIAL

La ordenación del pago y el pago material constituyen las dos fases finales del procedimiento de ejecución presupuestaria, si bien podría agruparse en una única fase. El pago material, última fase de este ciclo, extingue la obligación contraída por la Comunidad Autónoma.

El ordenamiento del pago, que es la operación en virtud de la cual el ordenador competente, previa propuesta de pago realizada por quien ha reconocido la existencia de la obligación, expide la orden de pago contra la tesorería de la Comunidad a favor del respectivo acreedor.

La conexión entre el procedimiento de gasto (fases de aprobación, compromiso y reconocimiento de la obligación) y estas dos fases finales (procedimiento de pago), como ya se ha mencionado, es la *propuesta de pago*.

De acuerdo con el artículo 74 del TRLRFP, “La ordenación general de pagos de la Comunidad corresponde al conselleiro de Economía y Hacienda, pudiendo delegar dicha competencia de acuerdo con los procedimientos legales aplicables.

Al objeto de facilitar el servicio de ordenamiento de pagos, se podrán establecer

ordenamientos secundarios bajo la dependencia del conselleiro de Economía y Hacienda o de la autoridad en la que delegue sus competencias sobre la materia”.

Además, habrá que tener en cuenta que el artículo 75 establece que la expedición de órdenes de pago con cargo al presupuesto de la Comunidad y de sus organismos autónomos deberá ajustarse al plan que sobre disposición de fondos de la tesorería establezca anualmente la Consellería de Economía y Hacienda.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el Tesoro asume de acuerdo con el TRLRFPG la función de “pagador”, frente a la función de ordenador del pago que se atribuye a la Consellería de Economía y Hacienda. Así, el artículo 88.a atribuye al Tesoro la gestión recaudatoria de los recursos y el pago de las obligaciones de la Comunidad y de sus organismos autónomos.

Junto con esta aparente dicotomía de órganos competentes, hay que tener en cuenta que el artículo 72 del TRLRFPG establece que les corresponde a los órganos estatutarios, salvo lo que establezcan otras leyes aplicables, a los conselleiros y demás órganos de la Comunidad Autónoma que tuviesen dotaciones diferenciadas en sus estados de gastos autorizar los gastos referentes a los servicios a su cargo, excepto en los casos reservados por las leyes a la competencia de la Xunta de Galicia, así como autorizar los actos de disposición de créditos y de reconocimiento de obligaciones, y proponer al conselleiro de Economía y Hacienda la ordenación de los correspondientes pagos.

Del mismo modo, señala que: “Con la misma reserva legal corresponde a los presidentes o directores de los organismos autónomos de la Comunidad la autorización y disposición de gastos y créditos, respectivamente, el reconocimiento de obligaciones y el ordenamiento de los pagos que correspondan a los mismos”.

Las órdenes de pagos a justificar se libran para satisfacer gastos que no cuentan con los requisitos de acreditación documental señalados que justifiquen que se ha realizado la prestación que originó el gasto. De acuerdo con el artículo 77 del TRLRFPG:

“1. Tendrán el carácter de pagos a justificar los fondos librados para atender gastos que no puedan ir acompañados de la documentación justificativa a que se hace referencia en el artículo anterior.

2. Podrán expedirse órdenes de pago a justificar en los supuestos siguientes:

- a. Cuando los documentos justificativos no puedan adjuntarse antes de efectuar la propuesta de pago.
- b. Cuando se considere conveniente la utilización de este sistema para agilizar significativamente la gestión de los créditos.
- c. Cuando las órdenes de pago tengan por objeto satisfacer gastos en localidades donde no existan dependencias del organismo autónomo de que se trate.

3. La Consellería de Economía y Hacienda, oídas las consellerías, previo informe de la Intervención General, establecerá las normas generales que regulen la expedición de órdenes de pago a justificar, así como los límites cuantitativos de las mismas y los conceptos presupuestarios a los que son aplicables.

4. Las órdenes de pago cursadas con el carácter de a justificar se aplicarán a los créditos presupuestarios que correspondan y sus perceptores quedarán obligados a justificar la aplicación de las cantidades recibidas en el plazo de tres meses, estando sujetos al régimen de responsabilidades previsto en la presente ley. En los casos excepcionales podrá concederse una prórroga adicional por otro período igual para cumplimentar en todo o en parte la citada justificación”.

La ejecución del pago también está sometida a intervención, la denominada intervención material del pago regulada en el artículo 95.1.c) del TRLRFP. Los medios de pago están regulados en el artículo 91.2 del TRLRFP. En dicho artículo se establece que: “Los medios de pago admisibles por las cajas de la tesorería podrán consistir en dinero de curso legal, cheques nominativos, giros, transferencias o cualquier otro medio de pago legalmente establecido. La Consellería de Economía y Hacienda establecerá las condiciones que tendrán que cumplir los mismos y el momento en el que en cada caso se producirá la liberación de la deuda”.

Además, el artículo 76 prevé la posibilidad de librar las órdenes de pago mediante la utilización de procesos informáticos (“1. Las órdenes de pago se expedirán una vez que se justificase documentalmente, ante el órgano competente para reconocer la respectiva obligación, la realización de la prestación o el derecho del acreedor, conforme a los

acuerdos por los que en su día se autorizaron y comprometieron los correspondientes gastos. 2. Los ordenadores de pagos podrán recibir las propuestas y librar las correspondientes órdenes de pago mediante la utilización de procesos informáticos. En este supuesto, la documentación justificativa del gasto realizado podrá quedar en aquellos centros en los que se reconocieron las correspondientes obligaciones, para su posterior inclusión, en su caso, en la cuenta general de la Comunidad Autónoma o para su puesta a disposición de los órganos de control competentes.”).

Por otra parte, es necesario señalar la existencia de lo que algunos autores han llamado fases mixtas y la existencia de una serie de actuaciones específicas requeridas según las clases de gastos. El artículo 73.6 LGP prevé expresamente que: *“Cuando la naturaleza de la operación o gasto así lo determine, se acumularán en un solo acto las fases de ejecución precisas”*.

Por último, el artículo 73 del TRLRFPG también recoge las fases de la ejecución presupuestaria de los ingresos que recogeremos, aunque sea de manera sucinta:

- a) El compromiso de ingresos, que es el acto en base al que se reconoce en cuentas el derecho a liquidar un determinado recurso por una cuantía cierta si se cumplen aquellas condiciones y trámites que se prevean en las normas legales aplicables.
- b) El contraído del recurso, que es el acto por el que se liquida el mismo y se reconoce en cuentas el derecho definitivo a su percepción por su exacta cuantía.
- c) La recaudación del recurso, que constituye el proceso por el que la tesorería de la Comunidad hace líquido e ingresa en sus cajas el importe del mismo.

**JACINTO ÁLVAREZ SOMOZA**

**REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 5**

# **EL CONTROL PRESUPUESTARIO. CONCEPTO. NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES. EL CONSEJO DE CUENTAS**

## **TEMA 5. EL CONTROL PRESUPUESTARIO. CONCEPTO. NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES. EL CONSEJO DE CUENTAS**

### **1. EL CONTROL PRESUPUESTARIO. CONCEPTO**

La actividad financiera que desarrolla la Hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Galicia debe estar sometida a un procedimiento de supervisión que garantice que la distribución y gestión de los recursos públicos se realice teniendo en cuenta criterios de eficacia y eficiencia. Además este procedimiento permitirá controlar que la acción de Gobierno se haga conforme a los principios de equidad, solidaridad y equilibrio territorial, todo lo anterior tal y como exige el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999 de 7 de octubre (en adelante TRLRFO).

Esa actividad de supervisión es lo que podemos denominar como “control presupuestario”.

Los anteriores fines y concepto se completan con los “principios presupuestarios y de control” que recoge el artículo 4 del TRLRFO:

- “1. La actividad económica-financiera de la Comunidad Autónoma de Galicia estará sometida al régimen de presupuesto anual y a los principios de control interno, de contabilidad y de unidad de caja que se determinan en la presente Ley.*
- 2. Todas las actividades que den lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico o al manejo de fondos públicos deberán estar controladas o intervenidas conforme a las normas de esta Ley y sometidas al régimen de rendimiento de cuentas al Consejo de Cuentas y al Tribunal de Cuentas, de acuerdo con las disposiciones que los regulan.*
- 3. La Intervención General de la Comunidad Autónoma será el órgano encargado de la ejecución de las funciones de control interno y de contabilidad reguladas en la presente Ley.*
- 4. La Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo con los procedimientos legales establecidos, podrá exigir las indemnizaciones económicas que sean procedentes a los responsables de la custodia y del manejo de los fondos*

*públicos por los perjuicios que pudiesen ocasionar, con independencia de las demás responsabilidades de carácter civil, penal o disciplinario en que pudiesen incurrir”.*

## **2. NATURALEZA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. CLASES**

El control presupuestario puede clasificarse desde los siguientes puntos de vista:

a) Por el órgano que lo ejerce:

1. Control externo, que puede ser ejercido por el Parlamento (parlamentario) o jurisdiccional (ejercido por el Tribunal de Cuentas y el Consello de Contas, si bien para este último se ciñe a la instrucción del procedimiento y posterior traslado de las actuaciones al Tribunal de Cuentas que será el encargado del enjuiciamiento, salvo que el propio Tribunal de Cuentas le haya delegado la función de enjuiciamiento).
2. Control Interno, ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Galicia (en adelante IGCA).

b) Por el momento en el que se realiza el control:

1. previo a la ejecución presupuestaria o preventivo
2. simultáneo a la ejecución presupuestaria o concomitante
3. ulterior o posterior a la ejecución presupuestaria.

c) Por la naturaleza del control:

1. de legalidad, que verifica el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente
2. financiero, que verifica todos los aspectos económico-financieros
3. de eficacia, que verifica el cumplimiento de objetivo.
4. De eficiencia que verifica el cumplimiento de los objetivos con el menor coste posible

d) Por la materia sobre la que recae:

1. control sobre los ingresos
2. control sobre los gastos



La primera de las clasificaciones señaladas es la que ha adquirido una mayor relevancia y es la que servirá como apoyo para el desarrollo de este epígrafe.

Centrándonos en la Comunidad Autónoma de Galicia, el nuestro ordenamiento el control de la ejecución presupuestaria durante el propio proceso de ejecución es fundamentalmente interno, es decir, se realiza exclusivamente por órganos de la Administración, dependientes de la Consellería de Facenda (Decreto 101/2014, de 1 de agosto, por el que se establece la estructura de la Consellería de Facenda – DOG nº 209, de 31 de octubre de 2014).

En concreto, el control interno está atribuido por el TRLRFO (como ya hemos visto en su artículo 4) a la IGCA. En particular así se recoge en el Título V del TRLRFO, “Del control interno y de la contabilidad” (artículos 93 y siguientes).

El artículo 93 señala que “El control interno de la actividad económico-financiera de la Comunidad, de sus organismos autónomos y entes públicos y de las sociedades públicas lo ejercerá la Intervención General, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Cuentas de Galicia y, en su caso, del Tribunal de Cuentas. 2. La Intervención General de la Comunidad Autónoma ejercerá sus funciones de control interno con plena autonomía respecto a los órganos responsables de la gestión controlada”.

Las funciones que la normativa vigente atribuye a la IGCA podrían sintetizarse en las siguientes:

1. Efectuar el control interno de la actividad económico financiera de la Comunidad Autónoma
2. La dirección y gestión de la contabilidad pública
3. La gestión de la información económico financiera
4. El ejercicio de las demás funciones que a dicho órgano le asigna la ley y demás normativa de aplicación.

El Decreto 101/2014 plasma la organización desconcentrada de la IGCA en el capítulo III de su Título II (artículos 11 y siguientes), que recogen los siguientes órganos dependientes e integrados bajo la IGCA:

1. La Subdirección General de Fiscalización y Control Interno.

2. La Subdirección General de Contabilidad.
3. La Subdirección General de Auditoría de Fondos Comunitarios y Subvenciones.
4. La Subdirección General de Control Financeiro Permanente y Auditoría del Sector Público.
5. La Subdirección General de Coordinación y Relaciones con el Consello de Contas.
6. Las intervenciones delegadas en las consellerías.

En relación a las Intervenciones Delegadas, el artículo 18 del Decreto 3101/2014 señala que en la Presidencia de la Xunta de Galicia, en la Vicepresidencia y en todas las consellerías existirá una intervención delegada, con nivel orgánico de subdirección general, integrada orgánicamente en las secretarías generales y en las secretarías generales técnicas, que ejercerá una serie de funciones, bajo la dependencia funcional y jerárquica de la Intervención General, en el ámbito de las competencias de las respectivas consellerías o de los organismos autónomos y agencias públicas autonómicas a ellas adscritas.

Por último, existirá una intervención delegada de las entidades públicas instrumentales, con nivel orgánico de subdirección general, que ejercerá, bajo la dependencia orgánica y funcional de la Intervención General, el control interno de la actividad económico-financiera de aquellas entidades en las que así lo determine la Intervención General.

El **ejercicio del control interno por la IGCA** se realiza fundamentalmente a través de dos instrumentos:

- La función interventora
- El control financiero

Tal y como señala el artículo 94 del TRLRFO la función interventora tiene por objeto controlar todos los actos, documentos y expedientes de la Comunidad y de sus organismos autónomos de los que pudiesen derivarse derechos y obligaciones de contenido económico, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven y, en general, la recaudación, la inversión o la aplicación de los fondos públicos, a fin de asegurar que la gestión de los órganos controlados se ajuste a las disposiciones aplicables a cada caso.

Por su parte, el control financiero lo ejercerá la Intervención General de conformidad con lo prevenido en cada caso y en la forma que reglamentariamente se establezca respecto de los servicios de la Comunidad, de los organismos autónomos, de los entes públicos y de las sociedades públicas para comprobar su adecuado funcionamiento tanto en el aspecto organizativo como en el económico-financiero. Asimismo, se ejercerá el control financiero respecto a las sociedades mercantiles, empresas, entidades y particulares por razón de las subvenciones, créditos, avales y demás ayudas de la Comunidad o de sus organismos autónomos, concedidos con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad. En este caso el control financiero tendrá por objeto comprobar la adecuada y correcta obtención y utilización de las indicadas subvenciones y ayudas y el cumplimiento de los objetivos que con ellas se pretenden alcanzar.

A pesar de lo anteriormente señalado, por acuerdo de la Xunta de Galicia, a propuesta del titular de la Consellería de Facenda, podrá establecerse el control interno realizado a través de la función interventora en organismos autónomos, sociedades y entes públicos.

La “plena autonomía” del artículo 93 en relación a los órganos gestores se complementa con las siguientes características y principios que para la función interventora recoge el artículo 96 del TRLRFO:

- principios de autonomía funcional, ejercicio desconcentrado, jerarquía interna y actuación contradictoria.
- organización de forma desconcentrada a través de las intervenciones delegadas situadas o próximas a los órganos sometidos a control.
- El Interventor/a general de la Comunidad podrá avocar el ejercicio de la función respecto a cualquier acto o expediente que estime oportuno

La **función interventora** se ejercerá a través de las siguientes fases que se recogen en el artículo 95 del TRLRFO:

- a) La fiscalización o intervención previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos y obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos y valores.
- b) La intervención formal del ordenamiento del pago.

- c) La intervención material del pago.
- d) La intervención de la aplicación de las cantidades destinadas a obras, suministros, adquisiciones y servicios, que comprenderá el examen documental y, en su caso, la comprobación material.

Señalado lo anterior es necesario matizar que:

1. la fiscalización previa de los derechos será substituida por la inherente a la toma de razón en contabilidad y se establecerán las actuaciones comprobatorias posteriores que determine la Intervención General de la Comunidad Autónoma (97.6 TRLRFO).
2. No estarán sometidos a intervención previa:
3. Los gastos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios, por importe inferior al que en su caso se establezca en la Ley de presupuestos de cada año.
4. Los gastos de carácter periódico y demás de tracto sucesivo, una vez intervenido el gasto correspondiente al período inicial del acto o contrato de que se deriven, o sus modificaciones, así como aquellos otros gastos que de acuerdo con la normativa vigente se hagan efectivos a través del sistema de anticipos de caja fija.
5. La autorización y disposición de las subvenciones que figuren en los presupuestos con asignación nominativa.

Además, la Xunta de Galicia podrá acordar, previo informe de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que la intervención previa en cada una de las Consejerías o en sus distintos servicios, organismos autónomos o sociedades y entes públicos se limite a comprobar los extremos siguientes:

- a. La existencia de crédito presupuestario y que éste es el adecuado a la naturaleza del gasto o de la obligación que se propone contraer.
- b. En los casos en que se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual se comprobará, además, sí se cumple lo preceptuado en el artículo 58 de esta Ley.

- c. Que las obligaciones o gastos se generan por órganos competentes.
- d. Aquellos otros extremos que, por su transcendencia en el proceso de gestión, determine el Consello de la Xunta, a propuesta del titular de la Consellería de Facenda, previo informe de la Intervención General de la Comunidad Autónoma.

Por último es necesario señalar en relación con la función interventora, la posibilidad de que se utilicen técnicas de muestreo en su ejercicio, además del necesario complemento de la intervención limitada previa con una intervención plena con posterioridad ejercida sobre una muestra representativa de los actos, documentos o expedientes (artículo 97, apartados 4 y 5). Por otra parte, los artículos 99 a 102 establecen la regulación de las posibles incidencias que puedan surgir en el ejercicio de la función interventora (reparos, discrepancias y omisión de fiscalización).

El **control financiero** al que se refiere el artículo 94 del TRLRFO tiene por finalidad procurar que la gestión económico-financiera del sector público gallego se adecue a los principios de legalidad, economía, eficacia y eficiencia. De acuerdo con el artículo 103 se ejercerá con plena autonomía e independencia respecto a las autoridades y entidades de las que se controle su gestión, y podrá realizarse en régimen ordinario o en régimen permanente. Se ejercerá mediante la realización de auditorías u otros tipos de control de conformidad con el que se establezca reglamentariamente.

El control financiero se realizará a través de dos modalidades distintas:

- Control financiero ordinario, que se iniciará por acuerdo del interventor/a general de la Comunidad Autónoma quien delimitará la clase y el alcance del control que se va a efectuar, y se desarrollará directamente por medio de funcionarios o equipos de control destacados temporalmente al efecto y dirigido por interventores dependientes del interventor general.
- Control financiero permanente, que lo ejercerá la IGCA a través de las intervenciones delegadas en los servicios, organismos, sociedades y entes públicos en los que se encuentre establecido este régimen de control, sin perjuicio de las actuaciones de control ordinario que, con carácter excepcional y alcance limitado, puede realizar directamente el citado centro directivo.

El control financiero permanente se realizará de acuerdo con las siguientes características que recoge el artículo 105.2 del TRLRFO:

- a. Lo ejercerá la Intervención General de la Comunidad a través de las Intervenciones Delegadas en los servicios, organismos, sociedades y entes públicos en los que se encuentre establecido este régimen de control, sin perjuicio de las actuaciones de control ordinario que, con carácter excepcional y alcance limitado, pueda realizar directamente el citado centro directivo.
- b. Las actuaciones y los trabajos necesarios para su desarrollo se efectuarán de forma permanente y continuada a lo largo de los diferentes ejercicios, y no se requerirá acuerdo expreso de la Intervención General de la Comunidad Autónoma para su iniciación.
- c. Dichas actuaciones se realizarán, como regla general, sobre la base del principio de proximidad temporal respecto a la actividad o de los actos objeto de control.
- d. La Intervención Delegada encargada del control financiero permanente deberá recibir información permanente, actualizada y detallada de la actividad objeto de control, de sus objetivos y del avance en su cumplimiento, en la forma y con la periodicidad que dicha oficina determina, a fin de tener un conocimiento completo de la misma.

El control financiero ordinario enmarcará su actuación, de acuerdo con el artículo 107 del TRLRFO, en un plan anual de auditorías que se debe realizar en cada ejercicio, cuya elaboración corresponde a la Intervención General de la Comunidad.

El plan comprenderá las entidades sobre las que se realizaren controles financieros de carácter ordinario en el ejercicio económico a que se refiera, con indicación, en cada caso, del tipo de control que se debe realizar y del alcance del mismo.

El dicho plan tendrá carácter abierto y podrá ser modificado para la realización de controles específicos, en atención a los medios disponibles y por otras razones debidamente ponderadas.

Para el desarrollo del control financiero ordinario, la Intervención General de la Comunidad podrá solicitar la colaboración de empresas privadas de auditorías, que deberán ajustarse a las normas e instrucciones que determine dicho centro directivo. Para solicitar dicha

colaboración será necesaria una orden del Consejero de Economía y Hacienda, en la que se especificará la insuficiencia de los servicios de la Intervención General de la Comunidad que justifique dicha colaboración.

En desarrollo de estas previsiones legales, el Título III de la Ley 9/2007, de 13 de junio, de Subvenciones de Galicia (DOG nº 121, de 25 de junio) regula el control financiero de subvenciones.

El control financiero de subvenciones se ejercerá sobre:

- a. Las subvenciones de la Unión Europea percibidas por la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia o los organismos o entidades vinculadas o dependientes de aquélla.
- b. Los beneficiarios y, en su caso, entidades colaboradoras por razón de las subvenciones otorgadas por la Comunidad Autónoma de Galicia y organismos o entidades vinculadas o dependientes de aquélla con cargo a los presupuestos de la Comunidad Autónoma de Galicia o a los fondos de la Unión Europea.

De acuerdo con el artículo 46 de la Ley 9/2007, en el ejercicio del control financiero, el funcionario encargado de realizar el mismo por la Intervención General de la Comunidad Autónoma será considerado agente de la autoridad.

En segundo lugar, el control externo puede ser llevado a cabo como ya hemos señalado, por el Parlamento o por el Consello de Contas y por el Tribunal de Cuentas.

**El control realizado por el Parlamento** es un control “político” sobre el presupuesto y el procedimiento de ejecución presupuestaria. Este control puede ser de tres tipos:

- previo a la ejecución presupuestaria
- simultáneo con la ejecución presupuestaria
- posterior a la ejecución presupuestaria

El control previo lo ejerce el Parlamento al aprobar los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Galicia. Es el Parlamento el que mediante el examen, enmienda y aprobación de las leyes anuales de presupuestos determina el contenido y la distribución de los ingresos y gastos del presupuesto además de establecer mediante el articulado de

la Ley de presupuestos las directrices para su ejecución.

De esta forma, el artículo 52 del TRLRFO señala que *“El Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, acompañado de la documentación establecida en el apartado 5 del artículo anterior, se remitirá al Parlamento de Galicia antes del 20 de octubre, a los efectos del artículo 53.1 del Estatuto de Autonomía de Galicia”*. Este artículo 53 atribuye a la Xunta o Gobierno la elaboración y aplicación del presupuesto de la Comunidad Autónoma gallega, y al Parlamento su examen, enmienda, aprobación y control.

Estas competencias parlamentarias están desarrolladas en la sección 3ª, del capítulo III del Título VI del Reglamento del Parlamento de Galicia.

El control simultáneo o concomitante se puede realizar fundamentalmente a través de las interpelaciones, preguntas y de las comisiones de investigación. Además, también podrían incluirse como facultades de control las que ostenta el Parlamento sobre la aprobación de ciertas modificaciones presupuestarias, en particular, sobre los suplementos de crédito y los créditos extraordinarios. Las competencias del Parlamento en este último supuesto se recogen en el artículo 62 del TRLRFO que señala que:

- “1. Cuando deba realizarse algún gasto con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente y no exista crédito en los estados de gastos, o sea insuficiente y no ampliable el consignado, el Consejero de Economía y Hacienda, previo informe de la Dirección General competente en materia de presupuestos, someterá al acuerdo de la Xunta, para su remisión al Parlamento, un Proyecto de Ley de concesión de un crédito extraordinario en el primer caso o de un suplemento de crédito en el segundo, en el que se especificarán necesariamente los recursos con que se financiará el gasto que por estas causas se genera, y el detalle del concepto presupuestario que se debe crear o que es suplementado.
2. A pesar de lo indicado en el punto anterior, si la necesidad de crédito extraordinario o de suplemento de crédito se produce en un organismo autónomo y los mismos no suponen aumento en los créditos del Presupuesto de la Comunidad Autónoma, se observarán las siguientes normas:



- a. Su concesión será facultad del Consejero de Economía y Hacienda si su importe no excede del 5 % del presupuesto de gastos del organismo autónomo correspondiente, y de la Junta de Galicia cuando, superando dicho porcentaje, no sobrepasa el 10 % del citado presupuesto de gastos. Dichos porcentajes se aplicarán de forma conjunta y acumulada para ambas clases de modificaciones de crédito y a lo largo del mismo ejercicio presupuestario.
- b. En el expediente de modificación presupuestaria emitirá informe la Consejería a la que esté adscrito el organismo autónomo que lo promueva, justificando debidamente la necesidad y urgencia del gasto y proponiendo los recursos con que se financiará el incremento que se propone.
- c. La Xunta de Galicia dará cuenta trimestralmente al Parlamento de Galicia de los créditos extraordinarios y suplementos de crédito concedidos al amparo de lo previsto en el apartado a) del presente número”.

El control parlamentario se ejerce fundamentalmente por medio de la Comisión Permanente de Economía, Hacienda y Presupuestos que, a través del Presidente del Parlamento, podrá pedir cuanta información y documentación necesite respecto a la ejecución de los presupuestos así como requerir la presencia de los miembros de la Xunta competentes por razón de la materia, para informar de las cuestiones relacionadas con la gestión presupuestaria.

Todo lo anterior se establece sin perjuicio de los casos en que preceptivamente deba la Comisión o el propio Parlamento ser informada por la Xunta o el Presidente del Gobierno, y que son:

- De acuerdo con el artículo 117.3 del TRLRFO “Trimestralmente, el Consejero de Economía y Hacienda dará cuenta a la Comisión 3ª, de Economía, Hacienda y Presupuestos, del estado de ejecución presupuestaria”.
- De acuerdo con el artículo 62.2.c del TRLRFO “La Xunta de Galicia dará cuenta trimestralmente al Parlamento de Galicia de los créditos extraordinarios y suplementos de crédito concedidos al amparo de lo previsto en el apartado a) del presente número”.

- De acuerdo con el artículo 65.2 del TRLRFO “De cada modificación acordada en virtud de lo dispuesto en este artículo se dará cuenta de modo singular, en el plazo máximo de treinta días, a la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos, con remisión de copia del correspondiente expediente”.
- De acuerdo con la Disposición Adicional 2ª del TRLRFO “La Consejería de Economía y Hacienda, dentro de los primeros quince días hábiles de cada mes, dará cuenta a la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuestos de todas las modificaciones que se realicen de acuerdo con lo previsto en esta Ley”.

Por último, el control parlamentario posterior al procedimiento de ejecución presupuestaria se realiza a través de la aprobación de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Galicia.

La Cuenta General se encuentra regulada en el Capítulo III del Título V del TRLRFO (artículos 118 a 121). De acuerdo con el artículo 121, “La Cuenta General de la Comunidad de cada año se formará antes del 31 de agosto del año siguiente al que se refiere y se remitirá previo acuerdo de la Junta al Consejo de Cuentas de Galicia y al Tribunal de Cuentas dentro de los dos meses siguientes a su formación”.

La Cuenta General de la Comunidad Autónoma deberá ser aprobada por el Parlamento de Galicia a efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el apartado 1, letra b del artículo 10 del EAG (que señala como una de las funciones del Parlamento de Galicia “Controlar la acción ejecutiva de la Junta, aprobar los presupuestos y ejercer las otras competencias que le sean atribuidas por la Constitución, por el presente Estatuto, por las Leyes del Estado y las del Parlamento de Galicia”).

La Cuenta General comprenderá todas las operaciones presupuestarias, patrimoniales y de Tesorería llevadas a cabo durante el ejercicio y constará de los siguientes documentos:

- a. Cuenta de la Administración de la Comunidad.
- b. Cuenta de los organismos autónomos de carácter administrativo.
- c. Cuenta de los organismos autónomos de carácter industrial, comercial, financiero o análogo.
- d. Cuenta de las sociedades públicas y demás entes públicos.

- e. Cuenta del patrimonio de la Comunidad y de sus organismos autónomos.

Se aportará a la Cuenta General un estado en el que se refleje el movimiento y la situación de los avales concedidos por la Comunidad Autónoma y por sus sociedades públicas.

En cuanto a su "formación", se realizará en base a los estados y documentos que determine la Consejería de Economía y Hacienda y, en particular, por los siguientes:

1. La liquidación del presupuesto, especificando los créditos iniciales y sus modificaciones, así como la liquidación de los estados de ingresos y gastos en sus distintas fases de gestión presupuestaria.
2. Un estado demostrativo de los compromisos de gastos adquiridos con cargo a ejercicios futuros, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 58 de la presente Ley.
3. Un estado demostrativo de la evolución y situación de los valores que se deben cobrar y de las obligaciones que se deben pagar procedentes de ejercicios anteriores.
4. La Cuenta General de Tesorería que ponga de manifiesto su situación y las operaciones realizadas durante el ejercicio.
5. La Cuenta General del endeudamiento público.
6. El resultado del ejercicio económico, que recogerá la determinación del superávit el déficit o nivelación de la liquidación del presupuesto, el remanente de Tesorería resultante y la variación de los activos y pasivos financieros.

Para los Organismos Autónomos, el artículo 120 establece una serie de especialidades señalando que con las cuentas rendidas por los organismos autónomos y demás documentos que se le deban rendir al Consejo de Cuentas de Galicia y al Tribunal de Cuentas, la Intervención General de la Comunidad elaborará estados anuales agregados que permitan ofrecer una visión global de la gestión realizada en el ejercicio por la totalidad de aquéllos. A la Cuenta General de la Comunidad Autónoma se unirá una memoria en la que se demuestre el grado de cumplimiento de los objetivos previstos para cada uno de los programas de gasto.

La Consejería de Economía y Hacienda establecerá la estructura y el contenido de las

cuentas y estados a que hace referencia el artículo 120.1, así como de las cuentas que deban rendir los demás entes del sector público de Galicia.

Analizado el control interno que debe realizar la IGCA y el control externo encomendado al Parlamento de Galicia, parece necesario que, con carácter previo al análisis del Consello de Contas del último epígrafe de este tema, se trate si cabe de forma muy breve la institución del Tribunal de Cuentas, por su evidente competencia de control sobre la ejecución presupuestaria de la Comunidad Autónoma de Galicia.

El **Tribunal de Cuentas** se puede definir como el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del Sector público, sin perjuicio de su propia jurisdicción de acuerdo con la Constitución y la Ley Orgánica que lo desarrolla. En la actualidad, y en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 136 de la CE, el Tribunal de Cuentas está regulado por la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de marzo (en adelante LOTC), y por la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

La naturaleza del Tribunal de Cuentas es doble: fiscalizadora y jurisdiccional, conectada los dos tipos de funciones que tiene encomendadas. Sus notas características son las siguientes:

- El Tribunal de Cuentas tiene competencia exclusiva para todo lo concerniente al gobierno y régimen interior del mismo y al personal a su servicio (artículo 3 de la LOTC).
- El Tribunal de Cuentas ejercerá sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico (artículo 5 de la LOTC).
- El Tribunal de Cuentas elaborará su propio presupuesto, que se integrará en los Generales del Estado, en una sección independiente y será aprobado por las Cortes Generales (artículo 6 de la LOTC).

Por último, el artículo 2º de la LOTC enumera como funciones propias del Tribunal de Cuentas las dos siguientes:

- a. La fiscalización externa, permanente y consultiva de la actividad económico-financiera del sector público.
- b. El enjuiciamiento de la responsabilidad contable en que incurran quienes tengan a

su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

Sus relaciones con las Comunidades Autónomas y sus órganos de control se determinan de forma sucinta en el artículo 1.2 de la LOTC, que señala que el Tribunal de Cuentas “es único en su orden y extiende su jurisdicción a todo el territorio nacional, sin perjuicio de los órganos fiscalizadores de cuentas que para las Comunidades Autónomas puedan prever sus Estatutos. Depende directamente de las Cortes Generales”. Esta previsión se desarrolla en el artículo 29 de la Ley 7/1988 que establece que:

- 1. Los órganos de control externo de las Comunidades Autónomas coordinarán su actividad con la del Tribunal de Cuentas mediante el establecimiento de criterios y técnicas comunes de fiscalización que garanticen la mayor eficacia en los resultados y eviten la duplicidad en las actuaciones fiscalizadoras.*
- 2. A los mismos efectos, los órganos de referencia remitirán al Tribunal de Cuentas, tan pronto los tengan aprobados o, en su caso, dentro de los plazos legalmente establecidos, los resultados individualizados del examen, comprobación y censura de las cuentas de todas las entidades del sector público autonómico, así como los Informes o Memorias anuales acerca de sus respectivas cuentas generales y los Informes o Memorias, Mociones o Notas en que se concrete el análisis de la gestión económico-financiera de las entidades que integren el sector público autonómico o de las subvenciones, créditos, avales u otras ayudas de dicho sector percibidas por personas físicas o jurídicas.*

*Los Informes o Memorias habrán de remitirse acompañados de los antecedentes y del detalle necesarios al objeto de que el Tribunal de Cuentas pueda examinarlos, practicar, en su caso, las ampliaciones y comprobaciones que estime necesarias, e incorporar sus propias conclusiones, si resultara procedente, a la Memoria anual a remitir a las Cortes Generales o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o a las Memorias extraordinarias a que se refiere el artículo 28.2 de la presente Ley.*

- 3. El Tribunal de Cuentas, mediante acuerdo plenario, podrá solicitar de los órganos de fiscalización externa de las Comunidades Autónomas la práctica de concretas funciones fiscalizadoras, tanto si se refieren al sector público autonómico como al*

*estatal.*

4. *No obstante lo anterior, en las Comunidades Autónomas que no tuvieran establecido órgano de control externo, el Tribunal de Cuentas podrá establecer secciones territoriales del mismo para el cumplimiento de las funciones propias.*

### **3.-EL CONSELLO DE CONTAS**

El EAG en su artículo 53.2 señala que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136 y en el apartado d) del artículo 153 de la Constitución, se crea el Consejo de Cuentas de Galicia. Una Ley de Galicia regulará su organización y funcionamiento y establecerá las garantías, normas y procedimientos para asegurar la rendición de las cuentas de la Comunidad Autónoma, que deberá someterse a la aprobación del Parlamento”.

La Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante LOFCA), establece en su artículo 22 la posibilidad de que en el control de la actividad financiera de las Comunidades Autónomas pueda concurrir el Tribunal de Cuentas y otras instituciones de control que hayan establecido las Comunidades Autónomas en sus Estatutos.

Todo lo anterior, no obsta lo establecido por el artículo 136 de la Constitución Española analizado en el epígrafe anterior y del artículo 153 de la CE que señala que:

“El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

- a. Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de Ley.
- b. Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150.
- c. Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias.
- d. Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario”.

En desarrollo del artículo 53 del EAG se aprobó la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consello de Contas (en adelante LCC). Esta ley fue objeto de modificación por la Ley 4/1986, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Consejo de Cuentas.

De acuerdo con lo establecido en su normativa reguladora, el Consello de Contas de Galicia:

- se configura como un órgano estatutario
- ejerce el control externo de la actividad económico-financiera de la Comunidad Autónoma de Galicia
- dependen directamente del Parlamento de Galicia
- desarrolla sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico vigente

El artículo 1 de la LCC señala que el Consello de Contas “como órgano de fiscalización de las cuentas y de la gestión económico-financiera y contable, ejercerá su función en relación con la ejecución de los programas de ingresos y gastos del sector público de la comunidad autónoma”.

Es necesario por lo tanto definir qué se entiende por Sector Público a estos efectos para conocer cuál es el ámbito de actuación del Consello de Contas. El artículo 2 de la LCC señala que a los efectos de esta ley componen el sector público:

- La Administración Autonómica y sus Organismos Autónomos.
- Las Entidades Locales y sus Organismos Autónomos, así como las empresas públicas dependientes de las mismas, en el ámbito competencial de las instituciones de auto Gobierno.
- Las empresas públicas, cualquiera que sea su forma jurídica, dependientes de la Administración Autonómica.
- Las corporaciones a que se refiere el número 29 del artículo 27 del Estatuto de Autonomía de Galicia, es decir, Cofradías de Pescadores, Cámaras de la Propiedad Agrarias, de Comercio, Industria y Navegación y otras de naturaleza equivalente, sin perjuicio de lo que dispone el artículo 149 de la Constitución.

En cuanto a su composición, el Consello de Contas tiene de acuerdo con el art. 6 de la LCC los siguientes órganos:

1. El Pleno.

2. El Consejero Mayor.
3. La Comisión de Gobierno.
4. Las secciones:
  - a. De fiscalización.
  - b. De enjuiciamiento.
5. La Secretaría General.

A esta estructura de órganos habrá que sumar la figura de los conselleiros de contas.

El pleno estará integrado por cinco Conselleiros, de los que uno será el Conselleiro mayor. Quedará válidamente constituido cuando estén presentes tres de sus miembros, y los acuerdos serán adoptados por mayoría de los presentes. El Pleno será convocado por el Conselleiro Mayor, a iniciativa propia o siempre que lo soliciten, por lo menos, dos de sus miembros.

Corresponde al Pleno:

- A. Ejercer la función fiscalizadora de acuerdo con las disposiciones de esta Ley.
- B. Adoptar las disposiciones necesarias para cumplir los fines que esta Ley encomienda al Consello de Contas.
- C. Aprobar el proyecto de presupuesto.
- D. Aprobar todos los informes, memorias, propuestas, dictámenes y consultas que formulen los órganos competentes del Consello de Contas.
- E. Proponer el nombramiento de uno de sus miembros para el cargo de Conselleiro Mayor.
- F. Resolver los conflictos de atribuciones y cuestiones de competencia entre los diversos órganos del Consello de Contas.
- G. Designar los Presidentes de las Secciones.
- H. Nombrar el Secretario General.
- I. Plantear los conflictos que afectan a las competencias o atribuciones del Consello.
- L. Decidir sobre la instrucción del procedimiento a que se refiere el número 1 del



artículo 5 de esta Ley.

LL. Las demás funciones que, por Ley, se le encomienden.

El Consejero Mayor será nombrado por un período de tres años por el Presidente de la Xunta, a propuesta del Pleno, de entre sus miembros. El Consejero Mayor cesará en su cargo:

- Por expiración del período de su mandato,
- Por renuncia,
- Por invalidez permanente, que lo incapacite para el ejercicio de su función, o
- Cuando pierda su condición de Consejero.

El Consejero Mayor será sustituido provisionalmente en caso de ausencia y enfermedad, así como en el supuesto de vacante, hasta que se produzca el nuevo nombramiento, por el Consejero de mayor antigüedad de entre los que integran la Comisión de Gobierno, dirimiéndose la sustitución, en caso de empate, en favor del Consejero de mayor edad.

Son atribuciones del Consejero Mayor:

- a. Representar al Consejo de Cuentas.
- b. Convocar y presidir el Pleno y la Comisión de Gobierno, así como decidir con su voto de calidad en caso de empate.
- c. Ejercer la jefatura superior del personal.
- d. Disponer los gastos propios del Consejo y la contratación de obras, bienes, servicios y suministros y demás prestaciones necesarias para su funcionamiento.
- e. Resolver las demás cuestiones de carácter interno no asignadas a otros órganos del Consejo.
- f. Las demás que le reconozca la Ley.

La Comisión de Gobierno está constituida por el Consejero Mayor y los Consejeros de Cuentas presidentes de Sección.

Corresponde a la Comisión de Gobierno:

- a. Establecer el régimen de trabajo del personal.

- b. Distribuir los asuntos entre las Secciones
- c. Ejercer las funciones relativas al nombramiento y contratación del Personal, Gobierno y Administración en General.
- d. Ejercer la potestad disciplinaria respecto al personal, de acuerdo con las normas de régimen interior.
- e. Nombrar los Delegados Instructores.
- f. Las otras facultades que el Pleno delegue para la mayor eficacia en el ejercicio de las funciones propias del Consejo.

En relación a las secciones (artículo 10 de la LCC), corresponderá a la sección de fiscalización la verificación de la contabilidad de las entidades del sector público de Galicia y el examen y la comprobación de sus cuentas. Se organizará en departamentos sectoriales, a cuyo frente estará un Consejero por cada uno.

Por otro parte, corresponde a la sección de enjuiciamiento, en el marco establecido por el artículo 5 de esta Ley, la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales y el enjuiciamiento de las responsabilidades contables de aquellos que tienen a su cargo caudales o efectos públicos conforme a las funciones del Consejo de Cuentas.

En ambos casos. los presidentes de las secciones serán designados por el Pleno, para un período de tres años.

Por último dentro de la clasificación orgánica del artículo 6 corresponde a la Secretaría General:

- desempeñar las funciones conducentes al adecuado ejercicio de las competencias gubernativas del pleno, de la Comisión de Gobierno y del Consejero Mayor en todo lo relativo al régimen interior del Consejo de Cuentas.
- velar especialmente por la redacción de las actas de las sesiones del Pleno y de la Comisión de Gobierno,
- formar el anteproyecto de presupuesto y el proyecto de memoria anual que se deban someter al Pleno

Mención especial requieren los Conselleiros de Contas, regulados en el artículo 12 y

siguientes de la LCC, que establece que los Conselleiros, en número de cinco, son designados por el Parlamento mediante votación por mayoría de tres quintas partes, para un período de seis años. Si se produjesen vacantes, se cubrirán de acuerdo con lo establecido anteriormente y por el tiempo que reste de mandato.

Los Consejeros de Cuentas son independientes e inamovibles y serán elegidos entre Consejeros del Tribunal de Cuentas, Censores Jurados de Cuentas, Magistrados, Fiscales, Funcionarios Públicos pertenecientes a cuerpos que exigen la titulación académica superior, y entre licenciados en derecho, en ciencias económicas, en ciencias empresariales e Intendentes mercantiles, de reconocida competencia, con mas de doce años de ejercicio profesional.

No podrán ser designados Consejeros de Cuentas los que, en los dos años anteriores, hayan Estado comprendidos en alguno de los supuestos que se citan a continuación:

- a. Las autoridades o funcionarios que tienen a su cargo la gestión, inspección o intervención de los ingresos y gastos del sector público de Galicia.
- b. Los presidentes, directores y miembros de los consejos de administración de organismos autónomos y de las empresas integradas en el sector público de Galicia.
- c. Los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores públicos.
- d. Los perceptores de las subvenciones con cargo a fondos públicos.
- e. Cualquiera otra persona que tenga la condición de cuentadante ante el Consejo de Cuentas.
- f. Los beneficiarios de avales o exenciones fiscales directas y personales, concedidas por cualquiera de los entes indicados en el artículo 2.

Por último, señala el artículo 13 que "Los miembros del Consejo de Cuentas estarán sujetos a las mismas causas de incapacidad, incompatibilidad y prohibiciones establecidas para los jueces en la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Señalada la organización del Consello de Contas, sus funciones son dos básicamente:

- función fiscalizadora
- función de enjuiciamiento contable (si bien hay que tener en cuenta en relación con esta función la Sentencia 18/1991, de 31 de enero, del pleno del Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad 890/1985, promovido por el Gobierno de la Nación contra determinados preceptos de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Parlamento de Galicia, del Consejo de Cuentas que más adelante se recoge)

Dentro de la primera de estas funciones, corresponde al Consello de Contas:

- a. Fiscalizar las funciones económico-financieras del sector público de Galicia, velando para que se ajuste al ordenamiento jurídico y al principio de racionalidad, determinada por criterios de eficiencia y economía.
- b. Fiscalizar las subvenciones, los créditos y las ayudas con cargo a los presupuestos de los entes públicos gallegos, así como los avales y exenciones fiscales directas y personales concedidas por aquellos entes, ya sean percibidas por personas físicas o jurídicas.
- c. Fiscalizar los contratos celebrados por la administración autonómica y otros entes del sector público de Galicia en los casos en que se establezca así, o que el Consejo de Cuentas lo considere conveniente.
- d. Fiscalizar la situación y las variaciones del patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia y demás Entes Públicos Gallegos.
- e. Fiscalizar los créditos extraordinarios y suplementos de créditos, así como las incorporaciones, ampliaciones, transferencias y demás modificaciones de los créditos presupuestarios iniciales.
- f. Emitir dictámenes y consultas que en materia de contabilidad pública y de gestión económico-financiera le soliciten las instituciones y los entes públicos gallegos.
- g. Analizar la utilización de los recursos disponibles, atendiendo al menor coste en la realización del gasto y formular las propuestas tendentes a mejorar los servicios prestados por el sector público de Galicia.
- h. Fiscalizar el grado de cumplimiento de los objetivos propuestos en los diversos

programas presupuestarios y en las memorias de las subvenciones, créditos, ayudas y de los avales, e indicar, en su caso, las causas de incumplimiento.

En cuanto a la función de enjuiciamiento contable, de acuerdo con el artículo 5 de la LCC, “si en el ejercicio de su función fiscalizadora el Consejo de Cuentas advirtiera la existencia de indicios de responsabilidad contable, instruirá la existencia de indicios de responsabilidad contable, instruirá el oportuno procedimiento jurisdiccional y dará traslado de las correspondientes actuaciones ante el Tribunal de Cuentas para que este efectúe el enjuiciamiento de las mismas”.

En relación con el inciso “instruirá el oportuno procedimiento jurisdiccional”, ha sido declarado inconstitucional y nulo por Sentencia 18/1991, de 31 de enero, del pleno del Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad 890/1985, promovido por el Gobierno de la Nación contra determinados preceptos de la Ley 6/1985, de 24 de junio, del Parlamento de Galicia, del Consejo de Cuentas. Esta sentencia señaló que *“ha de considerarse que, efectivamente, el artículo impugnado viene a contradecir el diseño que la Ley Orgánica 2/1982 lleva a cabo de las funciones del Tribunal de Cuentas, por conferir al Consejo de Cuentas de la Comunidad Autónoma de Galicia competencias que deben inscribirse en la función de enjuiciamiento de responsabilidades contables que corresponde en exclusiva a ese Tribunal. Las actividades de «instrucción de procedimientos jurisdiccionales» aparecen estrechamente vinculadas al enjuiciamiento estricto por responsabilidades contables lo que se deduce, tanto de las disposiciones al respecto de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, como de la posterior Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento de ese Tribunal”*.

Por tanto, hay que precisar que, en materia de enjuiciamiento contable, el Consello de Contas sólo realizará las funciones que le delegue el Tribunal de cuentas, de acuerdo con lo que prevé la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo.

Por último, debemos hacer una breve referencia a la documentación y procedimiento del Consello de Contas en el ejercicio de sus funciones. La documentación de las actuaciones del Consello de Contas se regula en los artículos 19 y 20, que distingue: mociones, notas, informes y memorias, además de una memoria anual.

En primer lugar, el resultado de la fiscalización se hará constar por medio de mociones o

notas dirigidas a la autoridad, organismo o entidad a las que afecten y de memorias ordinarias o extraordinarias, que se elevarán al Parlamento de Galicia, con remisión de copias a la Xunta de Galicia y a las indicadas autoridades, organismos y entidades afectadas, y se publicarán en el Diario Oficial de Galicia. Además, el Consello de Contas hará constar cuantas infracciones, abusos o prácticas irregulares haya observado, con indicación de la responsabilidad en que, a su juicio, se haya incurrido y de las medidas para exigirla.

Por otra parte, el Consello de Contas podrá emitir en cualquier momento, a petición del Parlamento o por iniciativa propia, informes o memorias relativas a las funciones señaladas en esta Ley.

Por último, el Consello de Cuentas de Galicia deberá elaborar y elevar al Parlamento una memoria de sus actividades, que comprenderá el análisis de la cuenta general de la Comunidad Autónoma y de las demás del sector público de Galicia. Se extenderá, además, a la fiscalización de la gestión económica de la comunidad y del sector público gallego, y comprenderá, entre otros, los siguientes extremos:

- a. Observancia de la Constitución, del Estatuto de Autonomía de Galicia, de las leyes reguladoras de los ingresos y gastos del sector público de Galicia y, en general, de las normas que afectan a la actividad económico-financiera y contable del mismo.
- b. Cumplimiento de las previsiones y de la ejecución de los presupuestos de la comunidad autónoma, de las entidades locales y demás entidades sujetas a su fiscalización.
- c. Racionalidad en la ejecución del gasto público basado en criterios de eficacia y economía.
- d. Ejecución de los programas de actuación, inversiones y financiación y demás planes o previsiones que rijan la actividad de las empresas públicas y de las empresas vinculadas a la comunidad autónoma, así como el empleo o aplicación de subvenciones con cargo al presupuesto de la comunidad autónoma y de las exenciones fiscales directas y personales concedidas.

Como corolario, el Consello de Contas propondrá las medidas a adoptar, en su caso, para

la mejora de la gestión económico-financiera del sector público de Galicia.

Asimismo, la memoria anual contendrá un informe de las actividades jurisdiccionales del Consejo durante el ejercicio correspondiente.

En cuanto al procedimiento de actuación del Consello de Contas, el artículo 23 establece un deber de colaboración para todas las entidades a que se refiere el artículo 2, que colaborarán con el Consello de Contas en el ejercicio de las funciones de este, estando obligadas a suministrarle cuantos datos, estado, documentos, antecedentes o informes les solicite. El incumplimiento de los requerimientos del Consello podrá suponer la aplicación de las sanciones legalmente establecidas (con la particularidad de que si los requerimientos se refieren a la reclamación de justificantes de inversiones o gastos públicos, y no son cumplidos en el plazo solicitado, se iniciará de oficio el oportuno expediente de reintegro). El Consello de Contas pondrá en conocimiento del Parlamento de Galicia la falta de colaboración de los obligados a prestarla.

Los procedimientos para el ejercicio de la función fiscalizadora se impulsarán de oficio en todos sus trámites. La iniciativa corresponde al propio Consello y al Parlamento de Galicia y los requerimiento de inhibición hechos al Consello de Contas no producirán la suspensión del respectivo procedimiento.

La presentación de cuentas se realizará de acuerdo con el artículo 25 de la LCC que señala que el Consello de Contas, por delegación del Parlamento de Galicia, procederá al examen y comprobación de la cuenta general de la Comunidad Autónoma, dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que se haya rendido. El Pleno dictará la declaración definitiva que le merezca para elevarla al Parlamento, con la oportuna propuesta, dando traslado a la Xunta de Galicia, la cual deberá disponer la publicación de las conclusiones en el Diario Oficial de Galicia.

En particular, las entidades locales deberán emitir las cuentas de cada ejercicio, directamente, al Consejo, antes del 31 de julio del año siguiente al del final del ejercicio. El Consejo de Cuentas debe formar y unir la cuenta general de las entidades locales, que debe ser reconocida por el parlamento. Además, la cuenta general de la Comunidad Autónoma se acompañará la cuenta general de operaciones realizadas por las corporaciones a que se refiere el número 29 del artículo 27 del Estatuto de Autonomía de

Galicia.

A estos efectos, se consideran cuentadantes los funcionarios y demás personal de las entidades del sector público gallego que tengan a su cargo la gestión de los ingresos y gastos públicos, así como las demás operaciones de Administración.

- a. Los Presidentes o Directores de los Organismos Autónomos y Empresas Públicas a que se refiere el artículo 2 de esta Ley.
- b. Los particulares que, excepcionalmente, administren, recauden o custodien fondos o valores de la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de que sean intervenidas las respectivas operaciones.
- c. Los perceptores de las subvenciones corrientes a que se refiere el artículo 58, apartado 3, y artículo 85, apartado 3, de la Ley 3/1984, de 3 de abril, de la gestión económica y financiera pública de Galicia.

Los artículos 27 y 28 establecen los medios de apremio y multas coercitivas que se impondrán en caso de incumplimiento.

Por último, los artículos 21 y 22 de la LCC establecen las relaciones entre el Consello de contas y el Parlamento de Galicia, señalando que “Una Comisión Parlamentaria se encargará de las relaciones del Parlamento con el Consello de Contas” y que “El examen de las cuentas del Consello de Contas corresponde al Parlamento de Galicia, al que se deberán trasladar con esta finalidad como un anexo en la memoria anual”

**JACINTO ÁLVAREZ SOMOZA**

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**



## **TEMA 6**

# **LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LA FUNCIÓN INTERVENTORA**

## **TEMA 6. LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LA FUNCIÓN INTERVENTORA**

### **1. INTRODUCCIÓN**

La gestión financiera se ha caracterizado como la realización del conjunto de las funciones asignadas comúnmente, en la teoría y en la legislación positiva, a la competencia de la Hacienda Pública.

Desde la perspectiva anterior puede definirse el control de dicha gestión como: el proceso y efecto de fiscalización y revisión de la actividad financiera de los entes públicos, lo que da lugar a una supervisión de la actividad económico-financiera llevada a cabo por los órganos ejecutivos”, o más brevemente, como “ la inspección, fiscalización e intervención de la actividad financiera de los entes públicos”.

La actividad financiera que desarrolla la Hacienda pública de la Comunidad Autónoma de Galicia debe estar sometida a un procedimiento de supervisión que garantice que la distribución y gestión de los recursos públicos se realice teniendo en cuenta criterios de eficacia y eficiencia. Además este procedimiento permitirá controlar que la acción de Gobierno se haga conforme a los principios de equidad, solidaridad y equilibrio territorial, todo lo anterior tal y como exige el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999 de 7 de octubre (en adelante TRLRFO).

Esa actividad de supervisión es lo que podemos denominar como “control presupuestario”. Los anteriores fines y concepto se completan con los “principios presupuestarios y de control” que recoge el artículo 4 del TRLRFO:

- “1. La actividad económica-financiera de la Comunidad Autónoma de Galicia estará sometida al régimen de presupuesto anual y a los principios de control interno, de contabilidad y de unidad de caja que se determinan en la presente Ley.
2. Todas las actividades que den lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico o al manejo de fondos públicos deberán estar controladas o intervenidas conforme a las normas de esta Ley y sometidas al régimen de rendimiento de cuentas al Consejo de Cuentas y al Tribunal de Cuentas, de acuerdo

con las disposiciones que los regulan.

3. La Intervención General de la Comunidad Autónoma será el órgano encargado de la ejecución de las funciones de control interno y de contabilidad reguladas en la presente Ley.
4. La Comunidad Autónoma de Galicia, de acuerdo con los procedimientos legales establecidos, podrá exigir las indemnizaciones económicas que sean procedentes a los responsables de la custodia y del manejo de los fondos públicos por los perjuicios que pudiesen ocasionar, con independencia de las demás responsabilidades de carácter civil, penal o disciplinario en que pudiesen incurrir”.

El control presupuestario puede clasificarse desde los siguientes puntos de vista:

a) Por el órgano que lo ejerce:

- Control externo, que puede ser ejercido por el Parlamento (parlamentario) o jurisdiccional (ejercido por el Tribunal de Cuentas y el Consello de Contas, si bien para este último se ciñe a la instrucción del procedimiento y posterior traslado de las actuaciones al Tribunal de Cuentas que será el encargado del enjuiciamiento, salvo que el propio Tribunal de Cuentas le haya delegado la función de enjuiciamiento).
- Control Interno, ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Galicia (en adelante IGCA).

b) Por el momento en el que se realiza el control:

- previo a la ejecución presupuestaria o preventivo
- simultáneo a la ejecución presupuestaria o concomitante
- ulterior o posterior a la ejecución presupuestaria.

c) Por la naturaleza del control:

- de legalidad, que verifica el cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente
- financiero, que verifica todos los aspectos económico-financieros
- de eficacia, que verifica el cumplimiento de objetivo.

- de eficiencia que verifica el cumplimiento de los objetivos con el menor coste posible

d) Por la materia sobre la que recae:

- control sobre los ingresos
- control sobre los gastos

La primera de las clasificaciones señaladas es la que ha adquirido una mayor relevancia y es la que servirá como apoyo para el desarrollo de este epígrafe.

Centrándonos en la Comunidad Autónoma de Galicia, el nuestro ordenamiento el control de la ejecución presupuestaria durante el propio proceso de ejecución es fundamentalmente interno, es decir, se realiza exclusivamente por órganos de la Administración, dependientes de la Consellería de Facenda (Decreto 101/2014, de 1 de agosto, por el que se establece la estructura de la Consellería de Facenda – DOG nº 209, de 31 de octubre de 2014).

En concreto, el control interno está atribuido por el TRLRFO (como ya hemos visto en su artículo 4) a la IGCA. En particular así se recoge en el Título V del TRLRFO, “Del control interno y de la contabilidad” (artículos 93 y ss).

El artículo 93 señala que “El control interno de la actividad económico-financiera de la Comunidad, de sus organismos autónomos y entes públicos y de las sociedades públicas lo ejercerá la Intervención General, sin perjuicio de las competencias del Consejo de Cuentas de Galicia y, en su caso, del Tribunal de Cuentas. 2. La Intervención General de la Comunidad Autónoma ejercerá sus funciones de control interno con plena autonomía respecto a los órganos responsables de la gestión controlada”.

El ejercicio del control interno por la IGCA se realiza fundamentalmente a través de dos instrumentos:

- La función interventora
- El control financiero.

Tal y como señala el art. 94 del TRLRFO la función interventora tiene por objeto controlar todos los actos, documentos y expedientes de la Comunidad y de sus organismos

autónomos de los que pudiesen derivarse derechos y obligaciones de contenido económico, así como los ingresos y pagos que de ellos se deriven y, en general, la recaudación, la inversión o la aplicación de los fondos públicos, a fin de asegurar que la gestión de los órganos controlados se ajuste a las disposiciones aplicables a cada caso.

Por su parte, el control financiero lo ejercerá la Intervención General de conformidad con lo prevenido en cada caso y en la forma que reglamentariamente se establezca respecto de los servicios de la Comunidad, de los organismos autónomos, de los entes públicos y de las sociedades públicas para comprobar su adecuado funcionamiento tanto en el aspecto organizativo como en el económico-financiero. Asimismo, se ejercerá el control financiero respecto a las sociedades mercantiles, empresas, entidades y particulares por razón de las subvenciones, créditos, avales y demás ayudas de la Comunidad o de sus organismos autónomos, concedidos con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad. En este caso el control financiero tendrá por objeto comprobar la adecuada y correcta obtención y utilización de las indicadas subvenciones y ayudas y el cumplimiento de los objetivos que con ellas se pretenden alcanzar.

## **2. LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

### **ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES**

De acuerdo con el artículo 96 del TRLRFO, “La función interventora se ejercerá conforme a los principios de autonomía funcional, ejercicio desconcentrado, jerarquía interna y actuación contradictoria.

El ejercicio de la función interventora se organizará de forma desconcentrada, a través de las intervenciones delegadas situadas en o próximas a los órganos sometidos a control. El interventor general de la Comunidad Autónoma podrá avocar el ejercicio de la función respecto a cualquier acto o expediente que estime oportuno.

Reglamentariamente se establecerá la competencia de los interventores delegados del interventor general”.

El Decreto 101/ 2014, de 1 de agosto, establece la estructura orgánica de la Consellería de Facenda, determinando las competencias de cada uno de sus órganos y las funciones a

desarrollar por las unidades que los integran..

Según el citado Decreto, para el desempeño de sus funciones la Consellería de Facenda se estructura en los siguientes órganos:

- Conselleira/o.
- Secretaría General Técnica y del Patrimonio.
- Intervención General de la Comunidad Autónoma.
- Dirección General de Planificación y Presupuestos.
- Dirección General de Política Financiera y Tesoro.
- Dirección General de Proyectos y Fondos europeos.
- Dirección General de la Función Pública.
- Órganos colegiados

A la Intervención General, órgano que nos ocupa en este tema, le dedica el Decreto el Capítulo III “La Intervención General de la Comunidad Autónoma”. Este capítulo está integrado por ocho artículos:

- Artículo 11.- Competencias.
- Artículo 12.- Estructura.
- Artículo 13.- Funciones y estructura de la Subdirección General de Fiscalización y Control Interno.
- Artículo 14.- Funciones y estructura de la Subdirección General de Contabilidad.
- Artículo 15.- Funciones y estructura de la Subdirección General de Auditoría de Fondos Comunitarios y Subvenciones.
- Artículo 16.- Funciones y estructura de la Subdirección General de Control Financiero Permanente y Auditoría del Sector Público.
- Artículo 17.- Funciones y estructura de la Subdirección General de Coordinación y Relaciones con el Consello de Contas.
- Artículo 18.- Funciones y estructura de las Intervenciones Delegadas en las Consellerías.

Por su importancia recogeremos en este tema el contenido de los dos primeros artículos.

El **artículo 11** se refiere a las **competencias** de la Intervención General y establece:

1. “Corresponden a la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Galicia, bajo la dependencia de la persona titular de la Consellería de Hacienda, las siguientes competencias:
  - Efectuar el control interno de la actividad económico-financiera de la Comunidad Autónoma de Galicia, mediante el ejercicio de la función interventora y del control financiero en la forma y con el contenido previstos en el capítulo I del título V del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia (LG 1999, 362) .
  - La dirección y gestión de la contabilidad pública en la forma y con el contenido previstos en los capítulos II y III del título V del texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia y en su normativa de desarrollo.
  - La dirección de la contabilidad de las entidades que forman parte del sector público de la Comunidad Autónoma de Galicia, en los términos dispuestos en el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia y en su normativa de desarrollo.
  - Las actuaciones de control financiero de subvenciones, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2007 (LG 2007, 238) , de subvenciones de Galicia, y demás normativa de desarrollo.
  - Las actuaciones de auditoría de fondos comunitarios que le correspondan, de conformidad con lo establecido en los reglamentos comunitarios y la restante normativa de aplicación.
  - La gestión de la información económico-financiera y formulación de informes y propuestas de actuación derivadas del ejercicio de sus funciones contables y de control.
  - El ejercicio de las demás funciones que a dicho órgano le asigna la ley y demás normativa de aplicación.
2. Son competencia propia de la Intervención General, sin perjuicio de su delegación:

- a) La fiscalización previa de los siguientes gastos:
  - Los de cuantía indeterminada.
  - Los que deben ser aprobados por el Consello de la Xunta de Galicia o afecten a más de una consellería.
  - Aquellos que deban ser sometidos a informe de la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia o de otro alto órgano consultivo.
- b) La emisión de informes de expedientes de gasto que deban ser sometidos a la autorización del Consello de la Xunta de Galicia
- c) La facultad de avocar la fiscalización previa de cualquier acto o expediente.
- d) El nombramiento de representantes de la Intervención General, así como la designación de funcionarios/as asesores/as para la comprobación material de las cantidades destinadas a obras, suministros, adquisiciones y servicios, de conformidad con la normativa aplicable en cada caso.

Con respecto a la **estructura** de la Intervención General se recoge en el **artículo 12** lo siguiente:

1. “De la Intervención general de la Comunidad Autónoma dependerán las siguientes unidades administrativas, con nivel orgánico de subdirección general, que realizarán las funciones que para cada una de ellas se señalan, sin perjuicio de aquellas otras que dentro de su ámbito se le asignen:
  - La Subdirección General de Fiscalización y Control Interno.
  - La Subdirección General de Contabilidad.
  - La Subdirección General de Auditoría de Fondos Comunitarios y Subvenciones.
  - La Subdirección General de Control Financiero Permanente y Auditoría del Sector Público
  - La Subdirección General de Coordinación y Relaciones con el Consello de Contas.
  - Las intervenciones delegadas en las consellerías.



2. Asimismo, la Intervención general de la Comunidad Autónoma desenvolverá las funciones que son propias de su competencia por sí misma o a través de los siguientes órganos:
  - Las intervenciones delegadas en cada consellería.
  - Las intervenciones delegadas en las entidades públicas instrumentales del sector público autonómico..
  - Las intervenciones territoriales delegadas.

### **3. LA FUNCIÓN INTERVENTORA**

El control previo de legalidad de ingresos, de gastos y pagos, los distintos momentos de ejercicio de este control y la omisión por el órgano gestor del trámite del control interno, serán los temas que desarrollaremos dentro de este epígrafe de la función interventora.

El Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre, dedica la Sección segunda del Capítulo I del Título V a la función interventora en la Comunidad Autónoma.

Los **principios** que rigen el ejercicio del control interno a través de la función interventora, se recogen en el artículo 96 que establece:

1. “La función interventora se ejercerá de acuerdo con los principios de autonomía funcional, ejercicio desconcentrado, jerarquía interna y actuación contradictoria.
2. El ejercicio de la función interventora se organizará de forma desconcentrada a través de las intervenciones delegadas situadas o próximas a los órganos sometidos a control. El interventor general de la Comunidad podrá avocar el ejercicio de la función respecto de cualquier acto o expediente que estime oportuno.

Reglamentariamente se establecerá la competencia de los interventores delegados del interventor general de la Comunidad Autónoma”.

Este desarrollo reglamentario como vimos antes, se recoge actualmente en el Decreto 101/2014, de 1 de agosto, en el que se aprueba la estructura orgánica de la Consellería de

Hacienda y que en sus artículos 18 y 23 desarrolla respectivamente las competencias de las intervenciones delegadas y las de las intervenciones delegadas territoriales.

Por lo que respecta al ejercicio concreto de la función interventora, ésta se desarrolla a través de distintas **fases** que se recogen expresamente en el artículo 95.1 del TRLRFO que dispone:

“La función interventora se ejercerá a través de las siguientes fases:

- a. La fiscalización previa de todo acto, documento o expediente susceptible de producir derechos y obligaciones de contenido económico o movimiento de fondos y valores.
- b. La intervención formal de la ordenación del pago.
- c. La intervención material del pago.
- d. La intervención de la aplicación de las cantidades destinadas a obras, suministros, adquisiciones y servicios, que comprenderá el examen documental y, si es el caso, la comprobación material”.

Por lo que se refiere a los ingresos el artículo 97.6 del TRLRFO establece que “la fiscalización previa de los derechos será sustituida por la inherente a la toma de razón en contabilidad, y se establecerán las actuaciones comprobatorias posteriores que determine la intervención General de la Comunidad Autónoma”. Esto quiere decir, que en principio los derechos e ingresos tienen un control previo pleno, que en la medida en que se regule un control posterior pleno se convertirá en una simple toma de razón en contabilidad en el momento inicial de recepción del derecho o ingreso.

En cuanto a las **competencias** que son inherentes a la función interventora, señala el artículo 95.2, las siguientes:

- a) Interponer recursos y reclamaciones en los supuestos recogidos en las disposiciones vigentes.
- b) Solicitar de los órganos competentes el asesoramiento jurídico o los informes técnicos que se precisen en función de la naturaleza del acto, documento o expediente intervenido, así como los antecedentes y documentos necesarios para el ejercicio de dicha función.

Después de todo lo expuesto pasamos a analizar el contenido concreto del ejercicio de la función interventora. Aunque como hemos visto el control de la intervención se ejerce como de forma general mediante un control previo y pleno, la normativa recoge alguna excepciones referidas tanto al momento del control admitiendo en ocasiones que éste no se realice en un momento previo al realización del gasto o ingreso, como a la intensidad en la realización del control, previendo supuestos de intervención limitada a determinados requisitos establecidos por acuerdo del Consello de la Xunta.

Así el artículo 97 del TRLRFO regula la intervención limitada estableciendo:

1. "No estarán sometidos a intervención previa:
  - a) Los gastos de obras, de gestión de servicios públicos, de suministros, de consultoría y asistencia y de servicios, por importe inferior al que de ser el caso se establezca en la Ley de presupuestos de cada año.
  - b) Los gastos de carácter periódico y demás de tracto sucesivo, una vez intervenido el gasto correspondiente al período inicial del acto o contrato del que deriven, o sus modificaciones, así como aquellos otros gastos que de acuerdo con la normativa vigente se hagan efectivos a través del sistema de anticipos de caja fija.
  - c) La autorización y disposición de las subvenciones que figuren en los presupuestos con asignación nominativa.
2. La Xunta de Galicia podrá acordar después del informe de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que la intervención previa en cada una de las consellerías o en sus distintos servicios, organismos autónomos o sociedades y entes públicos se limite a comprobar los siguientes extremos:
  - a) La existencia de crédito presupuestario y que éste es adecuado a la naturaleza del gasto o de la obligación que se pretende contraer. En los casos en que se trate de contraer compromisos de gastos de carácter plurianual se comprobará además si se cumple lo preceptuado en el artículo 58 de la Ley.
  - b) Que las obligaciones y los gastos las generen órganos competentes.
  - c) Aquellos otros extremos que, por su trascendencia en el proceso de gestión,

determine el Consello de la Xunta, por proposta del Conselleiro de Hacienda, después del informe de la Intervención General de la Comunidad Autónoma.

Los interventores delegados podrán formular las observaciones complementarias que consideren convenientes, sin que éstas tengan, efectos suspensivos en la tramitación de los expedientes correspondientes.

3. Lo dispuesto en el número anterior no será de aplicación respecto de las obligaciones o de los gastos de cuantía indeterminada y de aquellos otros que deban ser aprobados por el Consello de la Xunta.
4. Las obligaciones y los gastos sometidos a la fiscalización limitada a que se refiere el número dos de este artículo serán objeto de otra plena con posterioridad, ejercida sobre una muestra representativa de los actos, documentos o expedientes que dieron origen a la referida fiscalización, mediante la aplicación de técnicas de muestreo o auditoría, con el fin de verificar que se ajustan a las disposiciones aplicables en cada caso y determinare el grado de cumplimiento de la legalidad en la gestión de los créditos.

Los interventores delegados que realicen las fiscalizaciones con posterioridad deberán emitir informe escrito en el que hagan constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan de ellas. Estos informes se remitirán al titular de la Consellería para que formule, si es el caso, y en el plazo de quince días, las alegaciones que considere oportunas, y posteriormente se elevarán a la Intervención general de la Comunidad Autónoma.

La intervención General de la Comunidad Autónoma le dará cuenta al Consello de la Xunta y a los centros directivos que resulten afectados de los resultados más importantes de la fiscalización realizada con posterioridad, y, si es el caso, propondrá las actuaciones que resulten aconsejables para asegurar que la administración de los recursos públicos se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso.

5. Con independencia de lo dispuesto en el número anterior el conselleiro de Economía y Hacienda, por propuesta del Interventor General de la Comunidad Autónoma, podrá acordar en que casos la función interventora será ejercida sobre

una muestra y no sobre el total de actos documentos o expedientes sometidos a intervención previa.

La Intervención General determinará en estos casos los procedimientos que se deban aplicar para la selección, la identificación y el tratamiento de la muestra del procedimiento.”

Para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 97.2, se aprobó la Orden de 4 de enero de 2010 (DOG de 4 de febrero de 2010) por la que se da publicidad al **Acuerdo del Consello de la Xunta de 30 de diciembre de 2009, por el que se aprueba el régimen de fiscalización limitada previa para determinados expedientes de gasto.**

Este Acuerdo consta de diez apartados.

El primero de ellos se refiere al ámbito de aplicación del Acuerdo que se extiende a los expedientes tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Galicia y por los Organismos autónomos, centros, dependencias o entidades en los que esté implantado el régimen de fiscalización previa. No se aplicará el Acuerdo a las obligaciones o gastos de cuantía indeterminada ni a los expedientes que de acuerdo con la normativa vigente deban de ser autorizados por el Consello de la Xunta, en estos casos se realizará una fiscalización previa plena del expediente por la Intervención General de la Comunidad Autónoma.

El segundo apartado del Acuerdo regula la fiscalización plena posterior y establece que, de acuerdo con el artículo 97.4 del TRLRFO, las obligaciones o gastos que inicialmente hayan sido objeto de fiscalización limitada previa serán objeto de una plena posterior ejercida sobre una muestra representativa de los actos, documentos o expedientes que dieron origen a la referida fiscalización con el fin de verificar que se ajustan a las disposiciones aplicables a cada caso y determinar el grado de cumplimiento de la legalidad, así como la eficacia y la eficiencia en la gestión de los créditos.

Para finalizar este segundo apartado establece que el ejercicio del control posterior se regirá por su normativa reguladora.

El apartado tercero del Acuerdo de fiscalización limitada previa se refiere a un tipo especial

que es la fiscalización limitada previa reducida a los requisitos mínimos. Se trata de que en aquellos supuestos en que exista un elevado volumen de expedientes de las mismas características, tramitados por un mismo departamento y el número de reparos sea especialmente reducido, siempre que de los informes de fiscalización plena posterior se deduzca que la gestión de los mismos se ha ajustado razonablemente a las disposiciones aplicables, la Intervención general podrá proponer al Consello de la Xunta que la fiscalización limitada previa se limite aun más, quedando reducida a la comprobación de lo establecido en el apartado séptimo 1. Letras a) a g), de este acuerdo y que más adelante enumeraremos.

El apartado cuarto recoge la posibilidad de incrementar el control de los expedientes que en principio se encuentren sometidos a fiscalización limitada previa, cuando se detectan incumplimientos generalizados de la normativa aplicable, pasándolos mediante acuerdo del Consello de la Xunta a fiscalización previa plena. Esto se hará por tipos de expediente y departamentos afectados.

El quinto apartado del Acuerdo se refiere a todos aquellos expedientes en que, por cualquiera que sea el motivo, no se regulen los extremos adicionales a comprobar recogidos en el apartado octavo de este Acuerdo, estableciéndose para ellos el régimen de fiscalización previa plena.

En el apartado sexto el Acuerdo recoge la fiscalización por muestreo, para determinar que, la persona titular de la Consellería de Hacienda podrá determinar a propuesta de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, en que casos la función interventora será ejercida sobre una muestra y no sobre el total de los actos, documento o expedientes.

Los requisitos mínimos que se comprobarán en todo expediente se recogen en el apartado séptimo. Por su importancia se incluye literalmente:

“1. La fiscalización previa de las obligaciones o gastos incluidos en el presente Acuerdo se realizará mediante la comprobación de los siguientes extremos:

- a) La existencia de crédito presupuestario y que el propuesto sea el adecuado a la naturaleza del gasto u obligación que se proponga contraer. En los casos en que se trate de contraer compromisos de gasto de carácter plurianual se comprobará,

además, si se cumple lo preceptuado en el artículo 58 del TRLRFO.

- b) Que las obligaciones o gastos se generen por órgano competente. Se comprobará en todo caso la competencia del órgano de contratación, del concedente de la subvención, del que celebre el convenio, del que resuelva el expediente de responsabilidad patrimonial y, en general, del que dicte el acto administrativo, aunque dicho órgano no tenga atribuida la facultad para la aprobación de los gastos de que se trate.
  - c) La existencia de autorización del Consello de la Xunta, en los supuestos que, conforme a la normativa aplicable lo requieran.
  - d) La existencia en el expediente de los informes y dictámenes preceptivos exigidos por la normativa vigente.
  - e) Que los expedientes de compromiso de gasto responden a gastos aprobados y, en su caso, fiscalizados favorablemente.
  - f) En los expedientes de reconocimiento de obligaciones deberá comprobarse que responden a gastos aprobados y comprometidos y, en su caso, fiscalizados favorablemente.
  - g) En los expedientes anticipados de gasto deberá comprobarse la existencia de la condición suspensiva de crédito adecuado y suficiente en el pliego de cláusulas administrativas, orden de convocatoria, convenio o acuerdo respectivo.
  - h) Aquellos extremos adicionales que atendiendo a la naturaleza de los distintos actos, documentos o expedientes, se contienen en el presente Acuerdo (apartado octavo).
2. Cuando de los informes y dictámenes preceptivos se deduzca que se omitieron requisitos o trámites que sean esenciales, o que la continuación de la gestión administrativa pudiera causar quebrantos económicos al Tesoro Público o a un tercero, se procederá al examen exhaustivo del documento o documentos objeto del informe y si, a juicio del interventor, se dan las mencionadas circunstancias, habrá de actuar conforme a lo preceptuado en el artículo 99 del TRLRFO.”

En el apartado octavo, se enumeran toda una serie de tipos de expedientes

administrativos en los que se deberá de comprobar además de los requisitos mínimos recogidos en el apartado séptimo una serie de extremos adicionales que se enumeran en cada tipo de expediente.

En el apartado noveno se deroga expresamente el anterior Acuerdo del Consello de la Xunta de 18 de marzo de 1999, que regulaba hasta ese momento la fiscalización limitada.

Por último el apartado décimo señala que la entrada en vigor del Acuerdo se producirá desde el día de su publicación en el Diario Oficial de Galicia.

Pasamos por último a analizar la documentación necesaria para el ejercicio del control a través de la función interventora y los plazos en que ésta debe realizarse por la intervención.

A este respecto el artículo 98 del TRLRFO dispone:

1. "La Intervención ejercerá la función interventora a la vista del expediente original completo una vez reunidos todos los justificantes y emitidos los informes preceptivos y que esté, por lo tanto, en disposición de que se dicte acordó por quien corresponda.
2. El expediente será fiscalizado en el plazo de diez días contados a partir del siguiente a la fecha de recepción, que se reducirá a cinco días computados de igual forma cuando se declarase urgente la tramitación del expediente o se aplicase el régimen especial de fiscalización previsto en el número dos del artículo 97.
3. Cuando la intervención haga uso de la facultad a que se refiere el apartado b) del número 2 del artículo 95 se suspenderá el plazo mencionado en el número 2 anterior, debiendo darle cuenta de dicha circunstancia al órgano gestor proponente del gasto".

A continuación el artículo 99 del texto refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia se ocupa de regular el tema de los reparos y reclamaciones. Así este artículo establece:

1. "Si la Intervención se manifestase en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, expedientes o documentos examinados, deberá formular sus reparos



por escrito. Dichos reparos deberán ser motivados con razonamientos fundados en normas que apoyen el criterio sustentado y deberán contener todas las objeciones realizadas al expediente.

2. Cuando la disconformidad se refiera al reconocimiento o a la liquidación de derechos a favor de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, las observaciones se formularán en notas de reparos y, en caso de subsistir la discrepancia, mediante la interposición de los recursos o de las reclamaciones que procedan”.

El artículo 100 se ocupa de la posibilidad de suspensión del expediente cuando el reparo interpuesto por la Intervención se encuentre en los supuestos recogidos en el número 1 del mismo. Se prevé también la no suspensión cuando el defecto determinado en un reparo sea un defecto no esencial que permita la continuación del expediente (apartado número 2). Recoge el artículo el siguiente texto:

1. “Si los reparos afectan a la autorización y disposición de gastos, al reconocimiento de las obligaciones o al ordenamiento de pagos, se originará la suspensión de la tramitación del expediente, hasta que aquellos no sean subsanados en los siguientes casos:
  - a) Cuando se basen en la insuficiencia o en la inadecuación del crédito al que se proponga imputar el gasto, la obligación o el pago.
  - b) Cuando se aprecien graves irregularidades en la documentación justificativa de las órdenes de pago o no se acredite suficientemente el derecho del perceptor.
  - c) Cuando el gasto se proponga a un órgano que carezca de competencia para su aprobación.
  - d) Cuando se omitan en el expediente requisitos o trámites que se consideren esenciales a juicio de la Intervención o cuando ésta estime que la continuación del procedimiento pudiese causar quiebras económicas a la Comunidad Autónoma o a u tercero.
  - e) Cuando el reparo sea consecuencia de comprobaciones de materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

2. La Intervención podrá fiscalizar favorablemente, a pesar de los defectos que se observen en el expediente, siempre que los requisitos o los trámites incumplidos no sean esenciales.

En estos supuestos la eficacia de la fiscalización quedará condicionada a la reparación de aquellos defectos con anterioridad a la aprobación del expediente. El órgano gestor remitirá a la Intervención la documentación justificativa de que se repararon dichos defectos.

De no reparar el órgano gestor los defectos indicados, para la continuación del expediente se considerará formulado el correspondiente reparo.

Lo previsto en este número no será aplicable en aquellos supuestos en los que la fiscalización previa se realice de forma limitada, de conformidad con lo dispuesto en el número 2 del artículo 97”.

El artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia está dedicado a las discrepancias y establece:

1. “Cuando el órgano al que se dirija el reparo lo acepte, deberá reparar las deficiencias observadas y remitir de nuevo las actuaciones a la Intervención.
2. Cuando el órgano gestor no acepte el reparo deducido, formulará discrepancia, que deberá ser motivada con citas de los preceptos legales en los que sustente su criterio.

Las discrepancias se resolverán de la siguiente forma:

- a) Si el reparo fuese formulado por una Intervención Delegada, corresponderá a la Intervención General de la Comunidad conocer de la discrepancia, y su resolución será obligatoria para aquella.
- b) Si el reparo fuese formulado por la Intervención General de la Comunidad o ésta confirmase en todo o en parte el de una Intervención Delegada y subsista la discrepancia, corresponderá a la Xunta de Galicia adoptar una resolución definitiva”.

Por último del control aa través de la función interventora se ocupa la normativa vigente de las consecuencias de la omisión de la intervención. El artículo 102 del Texto Refundido

de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de Galicia prevé:

1. "En los supuestos en los que, de acuerdo con lo dispuesto en este capítulo, la fiscalización previa de la aprobación del gasto o del reconocimiento de la obligación fuesen preceptivas y se omitiesen, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca o resuelva dicha omisión en los términos previstos en este artículo.
2. Si el interventor general o sus delegados al conocer un expediente observasen alguna de las omisiones indicadas en el número anterior lo manifestarán a la autoridad que iniciase aquél y emitirán al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, con el fin de que, uniendo este informe a las actuaciones, pueda el titular de la consellería de que aquella proceda someter lo actuado a la decisión de la Xunta de Galicia para que adopte la resolución a que hubiese lugar.

Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, pondrá de manifiesto como mínimo, los siguientes extremos:

- Las infracciones del ordenamiento jurídico que, a juicio del interventor, se produjeran en el momento en que se adoptó el acto de aprobación del gasto sin fiscalización o intervención previa.
- Las prestaciones que se realizasen como consecuencia de dicho acto.
- La posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento.

Los interventores delegados darán cuenta de su informe a la Intervención General de la Comunidad Autónoma en el momento de su emisión.

3. Si el titular de la consellería acordase someter el expediente a la decisión de la Xunta de Galicia, lo comunicará al conselleiro de Economía y Hacienda, por conducto de la Intervención General de la Comunidad Autónoma, con diez días de antelación a la reunión del Consello en el que se conozca del asunto.

Al expediente se unirá una memoria que incluya una explicación de la omisión de la preceptiva fiscalización o intervención previa y, en su caso, las observaciones que estime convenientes respecto del informe de la intervención.

La Secretaría del Consello de la Xunta comunicará a la consellería correspondiente, a la de Economía y Hacienda y a la Intervención General el acuerdo adoptado sobre el expediente para su toma de razón y cumplimiento en sus propios términos.

**MARÍA DEL SOCORRO MARTÍN HIERRO**

REVISADO POR **NATALIA SOLAR JIMENO**

## **TEMA 7**

**LA FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNO-  
MAS. LOS RECURSOS DE LAS  
COMUNIDADES AUTÓNO-  
MAS. TRIBUTOS  
PROPIOS Y CEDIDOS. LOS FONDOS DE  
COMPENSACION INTERTERRITORIAL. EL  
EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS  
FINANCIERAS POR LAS COMUNIDADES  
AUTÓNO-  
MAS.**

## **TEMA 7. LA FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. LOS RECURSOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. TRIBUTOS PROPIOS Y CEDIDOS. LOS FONDOS DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL. EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS FINANCIERAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**

### **1. LA FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.**

#### **1.1.- Introducción**

El diseño del denominado Estado de las autonomías, tal y como se configura en la Constitución española, ha originado una gran diversidad de situaciones, lo que explica, en parte, la complejidad del sistema de financiación. Pueden indicarse los siguientes elementos diferenciales : 1) La existencia de dos procedimientos distintos para acceder a la autonomía, el establecido en el artículo 143, en relación con la disposición transitoria primera, que se ha dado en llamar "vía lenta", y el regulado en el artículo 151, que debe interpretarse en relación con lo dispuesto en la disposición transitoria segunda, que daría lugar a las autonomías de "vía rápida". Esta diferencia tiene importancia, en cuanto a la asunción de competencias, porque el artículo 148.2 de la Constitución exige un plazo de 5 años para ampliar las funciones desarrolladas por la Comunidad Autónoma, en el caso de las de "vía lenta", mientras que ese plazo no es exigible para las procedentes del artículo 151.

La configuración del Estado de las autonomías también ha dado lugar a la aparición de comunidades autónomas uniprovinciales, que no sólo reciben competencias por transferencia desde el Gobierno central sino que además asumen las que realizaban las diputaciones provinciales que, al crearse la comunidad autónoma, desaparecen, para evitar duplicaciones innecesarias. Ese traspaso de competencias no se produce en las comunidades autónomas pluriprovinciales, y ello con independencia del procedimiento de acceso a la autonomía.

Un tercer factor de diferenciación responde al respeto a los derechos forales de Euskadi y de la Comunidad Foral de Navarra, cuyos orígenes más directos, al menos en cuanto al problema que nos ocupa, se remontan a 1876 en el primer caso y a 1841 en el segundo. La disposición adicional primera de la Constitución obligaba a

actualizar el régimen foral dentro del marco de la propia Constitución y del estatuto de autonomía.

De este modo, entre las comunidades autónomas de máximo nivel de competencias existen dos sistemas de financiación distintos, el común y el foral, y además el régimen común se aplica tanto a comunidades de vía lenta como a las de vía rápida.

La Comunidad Autónoma de Canarias tiene un régimen fiscal propio procedente de su caracterización como "puerto franco". Tal régimen debe respetarse a tenor de la disposición adicional tercera de la Constitución, lo que de nuevo significa una fuente de diversidad en cuanto a la financiación común.

El autogobierno de las comunidades autónomas carecería de virtualidad de desarrollo y de potencialidad operativa si las mismas no contasen con unos recursos financieros adecuados. En efecto, para que las comunidades autónomas puedan desarrollar las competencias y funciones que tienen atribuidas, deben contar necesariamente con recursos económicos propios, lo que plantea el tema de la autonomía financiera y de la suficiencia de recursos de las mismas.

## **1.2.- La Ley orgánica de financiación de las comunidades autónomas**

El artículo 156 de la CE manifiesta lo siguiente:

*"1. Las comunidades autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias, de acuerdo con los principios de coordinación con la Hacienda estatal y solidaridad entre todos los españoles.*

*2. Las comunidades autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquel, de acuerdo con las leyes y los estatutos."*

La normativa estatal básica en materia de financiación de las comunidades autónomas se contiene en la Ley orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, que se divide en cuatro capítulos:

- 1.- Principios generales.

- 2.- Recursos de las comunidades autónomas.
- 3.- Competencias.
- 4.- Resolución de conflictos

La LOFCA tiene además 8 disposiciones adicionales, 3 transitorias y 1 final. Nos referimos a continuación a los principios generales:

#### **A) PRINCIPIO DE AUTONOMÍA FINANCIERA.**

El artículo 1º de la LOFCA propugna que las comunidades autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de las competencias que, de acuerdo con la CE, les atribuyan las leyes y sus respectivos estatutos.

#### **B) PRINCIPIO DE COORDINACIÓN.**

Dicho principio, además de lo ya comentado respecto del artículo 156 de la CE, se recoge en el artículo 2.º1 de la LOFCA, el cual vuelve a indicar que la actividad financiera de las comunidades autónomas se ejercerá en coordinación con la Hacienda del Estado.

Para lograr dicha coordinación, la CE ha previsto en su artículo 150.3 la posibilidad de que el Estado pueda dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las comunidades autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a las competencias de estas, cuando así lo exija el interés general.

#### **C) PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD.**

El artículo 2º de la CE fundamenta el Estado de las autonomías como forma de organización territorial del poder público en España y garantiza el principio de solidaridad como uno de los ejes del sistema, al establecer que dicho texto constitucional reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, y la solidaridad entre todas ellas.

Dicha obligación se corrobora en el artículo 138 C): «El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2º de la CE, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo



entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular».

De igual manera, la solidaridad entre las diversas nacionalidades y regiones se recoge en el artículo 2º de la LOFCA como principio general del sistema de financiación autonómico, pero añadiendo la imposición de la obligación a cada comunidad autónoma de velar por la realización interna de dicho principio de solidaridad en sus respectivos territorios.

Para hacer efectivo dicho principio, el artículo 16 de la LOFCA establece:

*"1. De conformidad con el principio de solidaridad interterritorial al que se refiere el apartado 2 del artículo 158 de la CE, en los presupuestos generales del Estado se dotará anualmente un Fondo de Compensación, cuyos recursos tienen el carácter de carga general del Estado, tal y como se determina en el artículo 4.2.b) de esta ley.*

*El Fondo de Compensación se distribuirá por las Cortes Generales, de conformidad a lo establecido en el artículo 74.2 de la CE, entre comunidades autónomas y ciudades con estatuto de autonomía.*

*2. Con independencia del Fondo de Compensación establecido en el punto 1 anterior, en los presupuestos generales del Estado también se dotará anualmente un fondo complementario del anterior, cuyos recursos tendrán, asimismo, el carácter de carga general del Estado."*

#### **D) PRINCIPIO DE SUFICIENCIA FINANCIERA.**

Dicho principio, no recogido en nuestra CE, se establece en el artículo 2º.1.f) de la LOFCA, que lo concibe como suficiencia de recursos para el ejercicio de las competencias propias de las comunidades autónomas. Debe interpretarse, por lo tanto, como un intento de garantizar a las comunidades autónomas los recursos suficientes para hacer frente a las obligaciones derivadas de las competencias que tengan atribuidas según sus respectivos estatutos de autonomía.

#### **E) PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD FISCAL**

Dicho principio se establece en el artículo 2º.1.d) de la LOFCA, estableciendo *la*

*corresponsabilidad de las comunidades autónomas y el Estado en consonancia con sus competencias en materia de ingresos y gastos públicos.*

## **F) PRINCIPIO DE GARANTÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO.**

El artículo 2º.1.b) de la LOFCA establece como uno de los principios básicos del sistema de financiación autonómico: *La garantía del equilibrio económico, a través de la política económica general, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40.1, 131 y 138 de la CE, corresponde al Estado, que es el encargado de adoptar las medidas oportunas tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa, la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, así como el desarrollo armónico entre las diversas partes del territorio español. A estos efectos, se aplicarán los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera definidos en la Ley orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.*

## **G) PRINCIPIO DE LEALTAD INSTITUCIONAL.**

Dicho principio se recoge en el artículo 2.1.g) de la LOFCA. Según dicho precepto *la lealtad institucional, que determinará el impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones legislativas del Estado y de las comunidades autónomas en materia tributaria o la adopción de medidas que eventualmente puedan hacer recaer sobre las comunidades autónomas o sobre el Estado obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, y que deberán ser objeto de valoración quinquenal en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las comunidades autónomas, y en su caso compensación, mediante modificación del sistema de financiación para el siguiente quinquenio.*

## **2. LOS RECURSOS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

Las líneas generales del sistema de recursos de las comunidades autónomas se recogen en el artículo 157 de la CE, en cuyo apartado primero se dispone que:

Los recursos de las comunidades autónomas estarán constituidos por:

*a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos*

*estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.*

*b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.*

*c) Transferencias de un fondo de compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los presupuestos generales del Estado.*

*d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado.*

*e) El producto de las operaciones de crédito.*

En desarrollo del artículo 157.1 de la CE, la LOFCA recoge en su artículo 4 el sistema de recursos de las comunidades autónomas:

*"Uno. De conformidad con el apartado 1 del artículo 157 de la CE, y sin perjuicio de lo establecido en el resto del articulado, los recursos de las comunidades autónomas estarán constituidos por:*

*a) Los ingresos procedentes de su patrimonio y demás de derecho privado.*

*b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.*

*c) Los tributos cedidos, total o parcialmente, por el Estado.*

*d) La participación en el Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales.*

*e) Los recargos que pudieran establecerse sobre los tributos del Estado.*

*f) Las participaciones en los ingresos del Estado a través de los fondos y mecanismos que establezcan las leyes.*

*g) El producto de las operaciones de crédito.*

*h) El producto de las multas y sanciones en el ámbito de su competencia.*

*i) Sus propios precios públicos.*

*Dos. En su caso, las comunidades autónomas podrán obtener igualmente ingresos procedentes de:*

*a) Las asignaciones que se establezcan en los presupuestos generales del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.*

*b) Las transferencias de los fondos de compensación interterritorial, cuyos recursos tienen*

*el carácter de carga general del Estado a los efectos previstos en los artículos 2, 138 y 158 de la CE.”*

### **3. TRIBUTOS PROPIOS Y CEDIDOS**

#### **3.1 Tributos propios**

Toda referencia a los tributos en el ordenamiento jurídico español parte del modelo de **organización territorial consagrado en el artículo 137 de la CE**, según el cual: *“El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”*.

Así, la CE distribuye el poder político, y con él el poder administrativo y el financiero, en tres niveles de gobierno: el Estado, las comunidades autónomas (CC.AA.) y las corporaciones locales (CC.LL.).

Las CC.AA. se han constituido en unos entes territoriales con un creciente protagonismo en el sector público, y que gozan de autonomía financiera, consustancial a la autonomía política, en virtud del artículo 156.1 de la CE, que establece que: *“Las CC.AA. gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles”*.

Este principio de autonomía financiera es enunciado, a su vez, en el artículo primero de la LOFCA que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 157.3 de la CE, establece el régimen jurídico general del sistema de financiación de las CC.AA., a excepción del País Vasco y Navarra, que cuentan con los regímenes forales de concierto y convenio económico, respectivamente.

Rasgo distintivo de la autonomía financiera de las CC.AA. de régimen común es el reconocimiento, en los artículos 133.2 de la CE y 6 de la LOFCA, de un poder tributario propio, como poder legislativo de creación de tributos.

Ahora bien, el poder tributario de las CC.AA. es un poder limitado. Sus límites se encuentran particularmente en la CE, en los tratados internacionales y en las demás normas integrantes del llamado bloque de constitucionalidad, en especial por la LOFCA y

por las leyes de cesión de tributos del Estado a las CC.AA. (en la actualidad, la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CC.AA. de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía).

Este marco jurídico permite distinguir dos ámbitos de ejercicio del poder tributario de las CC.AA.: por una parte, las competencias normativas delegadas por el Estado en relación con los **tributos estatales cedidos** a las CC.AA. en los términos previstos en las leyes de cesión (en el caso de Galicia, la Ley 17/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia, en los casos y condiciones previstos en la Ley 22/2009) y, por otra, la potestad de crear **tributos propios**, esto es, sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, como recursos con los que contarán las CC.AA. para dar cumplida aplicación al principio de autonomía financiera, según señala el artículo 157.1 de la CE.

Además del artículo 157.1 de la CE, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, tanto el Estatuto de autonomía para Galicia, aprobado por la Ley orgánica 1/1981, como el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia (TRLRFP), aprobado por Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, reconocen dentro de los derechos económicos de la Hacienda pública gallega los rendimientos de los impuestos, de las tasas y de las contribuciones especiales que establezca la Comunidad Autónoma.

Como se ha dicho, esta potestad tributaria reconocida a las CC.AA. está limitada, ya que no solo se deben respetar las previsiones del artículo 31 de la CE, exigibles a todo sistema tributario, ya sea estatal, autonómico o local, sino que además debe cumplirse lo dispuesto en los artículos 157.2 de la CE y 6 y 9 de la LOFCA. Estos límites pueden resumirse del siguiente modo:

A.- La reserva de ley establecida en el artículo 31.3 de la CE, según el cual “*sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley*”.

B.- Los principios constitucionales de justicia tributaria recogidos en el artículo 31.1 de la CE. De este modo deben respetarse los principios de generalidad, de igualdad, de capacidad económica, de progresividad, de no confiscatoriedad, de seguridad jurídica (la certeza jurídica, la estabilidad normativa, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes

públicos).

C.- Límites derivados de la naturaleza de ente territorial de las CC.AA.:

C.1.- Ausencia de carga fiscal extrajurisdiccional (artículo 157.2 da la CE y 9 da la LOFCA).

C.2.- La no obstaculización de la libre circulación y establecimiento de personas, bienes y servicios (artículo 139.2 y 157.2 de la CE y 9 de la LOFCA).

C.3.- La ausencia de privilegios económicos o sociales (artículo 138.2 de la CE).

C.4.- El respeto a los principios de la armonización fiscal comunitaria.

C.5.- La coordinación de las haciendas comunitaria, estatal, autonómica y local (artículo 156.1 y 157.3 de la CE y 2 de la LOFCA). En esta materia, cabe destacar el carácter básico de las disposiciones contenidas en la LGT, como bien señala su artículo 1: *"Esta ley establece los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español y será de aplicación a todas las administraciones tributarias en virtud y con el alcance que se deriva del artículo 149.1.1ª, 8ª, 14ª y 18ª de la CE"*, y reitera la Ley 22/2009 de cesión de tributos: *"La terminología y conceptos de las normas que dicten las CC.AA. se adecuarán a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria"* (artículo 27).

C.6.- La solidaridad de las haciendas autonómicas entre sí y con las haciendas comunitaria, estatal y locales (artículos 2 y 138 de la CE).

D.- Límites derivados de los principios constitucionales de distribución de competencias:

D.1.- La prohibición de identidad esencial entre tributo estatal e impuesto autonómico (artículo 6.2 de la LOFCA).

D.2.- La prohibición de identidad esencial entre tributo local e impuesto autonómico (artículo 6.3 de la LOFCA).

Para CALVO ORTEGA, los tributos propios de las CC.AA. de régimen común, además de los límites establecidos en el artículo 31.3 de la CE, deben cumplir con tres principios: territorialidad, no interferencia y separación.

El **principio de separación** hace referencia a los apartados 2 y 3 del artículo 6 de la LOFCA, al establecer que *"Los tributos que establezcan las CC.AA. no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado"* y que *"Los tributos que establezcan las CC.AA.*

*no podrán recaer sobre hechos impositivos gravados por los tributos locales". Este principio responde a la prohibición de doble imposición en materia tributaria, entendido como concurrencia de diversas figuras tributarias sobre una misma riqueza gravable y cuya titularidad pueda corresponder a distintos entes públicos, lo cual solo es predicable respecto a impuestos de carácter fiscal, pero no cuando concurre sobre una misma riqueza gravada o materia imponible un impuesto con pretensión recaudatoria (fiscal) y otro legitimado exclusivamente por razones extrafiscales o de ordenación (por ejemplo, los medioambientales).*

Ahora bien, para que resulte aceptable la concurrencia de dos figuras impositivas, debe quedar claro que se trata de un verdadero impuesto extrafiscal y no de un impuesto con finalidad recaudatoria camuflado de tributo de ordenación, ya que en los impuestos extrafiscales *"la intentio legis del tributo no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos"* (STC 37/1987).

Al **principio de territorialidad** se refiere el artículo 9.a) de la LOFCA, al señalar que *"No podrán sujetarse elementos patrimoniales situados, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva comunidad autónoma"*.

A ello habría que añadir el apartado b) del mismo artículo, donde se prohíbe que se graven, como tales, *"negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo"*.

Por último, el **principio de no interferencia económica** está recogido en el artículo 9.c) de la LOFCA, según el cual los impuestos creados por las CC.AA. *"no podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios capitales ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, ni comportar cargas trasladables a otras comunidades"*.

Vistas las limitaciones anteriores y considerando especialmente la extensión de los impuestos estatales sobre la renta, el patrimonio y el consumo, parece difícil la determinación de hechos impositivos nuevos por parte de las CC.AA., es decir, distintos de



los establecidos por las leyes del Estado.

La conclusión a la que se puede llegar es que el ejercicio de la potestad para crear tributos de las CC.AA. no puede dar lugar a la creación de un “sistema” tributario autonómico, sino más bien a un conjunto de figuras inconexas y de la más diversa naturaleza.

Sobre esta premisa, queda claro que la garantía de la justicia tributaria y del logro de la progresividad, junto con las exigencias de redistribución, corresponde desarrollarlas al sistema tributario estatal, sin que ello signifique que los tributos propios de las CC.AA. puedan vulnerar las exigencias de la capacidad económica.

La Comunidad Autónoma de Galicia ha creado como **impuestos propios**, aplicables al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, los siguientes:

- El **impuesto sobre el juego del bingo**, creado por la Ley 7/1991, de 19 de junio, de tributación sobre el juego. Este tributo fue derogado por la Ley 11/2013, de presupuestos de Galicia de 2014, con entrada en vigor de la derogación el 1 de enero de 2014.

- El **impuesto sobre la contaminación atmosférica (ICA)** fue establecido por la Ley 12/1995, de 29 de diciembre, y su reglamento fue aprobado por el Decreto 29/2000, de 20 de enero. Al objeto de contribuir a regular la utilización de los recursos naturales de Galicia, y de forma específica la emisión de sustancias contaminantes, este impuesto recae sobre las emisiones de determinadas sustancias contaminantes a la atmósfera cuyos focos se hallen ubicados dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En concreto, grava la emisión de dióxido de azufre o cualquier otro compuesto oxigenado del azufre y dióxido de nitrógeno o cualquier otro compuesto oxigenado del nitrógeno.

- El **impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada (IDMAE)** fue establecido por la Ley 15/2008, de 19 de diciembre, con la finalidad de, por una parte, compensar los efectos negativos a que se encuentra sometido el entorno natural de Galicia por la realización de actividades que afectan a su patrimonio fluvial natural y, por otra, reparar el daño medioambiental causado por dichas actividades.

Como consecuencia de ello, la recaudación de este tributo, deducidos los costes de gestión, se destinará a financiar las actuaciones y medidas encaminadas a la prevención y



protección de los recursos naturales, así como a la conservación, reparación y restauración del medio ambiente y, en especial, a la conservación del patrimonio natural fluvial gallego directa o indirectamente afectado por los daños medioambientales gravados.

Este impuesto, de naturaleza real y finalidad extrafiscal, grava el daño medioambiental provocado por la realización de actividades industriales mediante el uso o aprovechamiento del agua embalsada, cuando este altere o modifique sustancialmente los valores naturales de los ríos y, en especial, el caudal y la velocidad del agua en su canal natural.

-El **canon eólico** fue creado por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, a través del cual se gestionan los ingresos obtenidos por el canon. A pesar de su denominación y sin que pueda apreciarse incorrección en su norma de creación al atribuirle el carácter de ingreso compensatorio y prestación patrimonial de derecho público de naturaleza extrafiscal y real, lo cierto es que el canon eólico responde a la naturaleza de los impuestos de carácter indirecto. Constituye su hecho imponible la generación de afecciones e impactos visuales y ambientales adversos sobre el medio natural y sobre el territorio, como consecuencia de la instalación en parques eólicos de aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica y situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Los ingresos derivados del canon, deducidos los costes de gestión, se destinarán a conservación, reposición y restauración del medio ambiente, así como a actuaciones de compensación y reequilibrio ambiental y territorial de las que serán principales beneficiarios los municipios afectados por la implantación de parques eólicos y por las instalaciones de evacuación de los mismos.

-El **canon de saneamiento**, creado por la Ley 8/1993, de 23 de junio, de Administración hidráulica de Galicia, con carácter de ingreso de derecho público, aplicable en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuyo rendimiento se debe destinar íntegramente a la financiación de gastos de inversión y de explotación de infraestructuras de evacuación “en alta” y de tratamiento de aguas residuales.

El órgano encargado de su gestión y aplicación fue el organismo autónomo Augas de

Galicia.

El canon de saneamiento se rige por la citada Ley 8/1993 y por el Reglamento de desarrollo legislativo del capítulo IV de la Ley 8/1993, aprobado por el Decreto 8/1999, de 21 de enero.

En la actualidad, la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia, crea el **canon del agua**, derogando la Ley 8/1993; su DT 2ª declara su continuidad mientras no se dicten las normas de desarrollo del citado canon del agua. Estas normas de desarrollo fueron aprobadas y publicadas en el DOG. En concreto, el Decreto 136/2012, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del canon del agua y del coeficiente de vertido a sistemas públicos de depuración de aguas residuales, que entró en vigor el 1 de julio de 2012, haciéndose efectiva desde esa fecha la derogación del canon de saneamiento.

El canon del agua es un tributo propio de la Comunidad Autónoma de Galicia con naturaleza de impuesto de carácter real e indirecto y de finalidad extrafiscal que grava el uso y consumo del agua en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, a causa de la afección al medio que su utilización pudiera producir.

Además de impuestos, las CC.AA. pueden establecer sus propias tasas y contribuciones especiales.

De acuerdo con la LGT (artículo 2.2), las **contribuciones especiales** *“son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos”*.

Aunque en principio las contribuciones especiales pueden formar parte de los tributos estatales o autonómicos (el artículo 8 de la LOFCA admite la posibilidad de su establecimiento por las CC.AA. en supuestos iguales a los formulados por la LGT), de hecho en nuestro actual sistema sólo tienen una aplicación efectiva significativa en la esfera de las haciendas locales.

En el ámbito autonómico, han previsto contribuciones especiales para costear la construcción o mejoras de las carreteras que discurran en el territorio algunas CC.AA.

como Canarias, Cataluña, Extremadura o Galicia.

*De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 8/2013, de 28 de junio, de carreteras de Galicia, podrán imponerse contribuciones especiales cuando de la ejecución de las obras que se realicen para la construcción de carreteras, vías de servicio o accesos resulte la obtención por personas físicas y jurídicas de un beneficio especial, aunque este no pueda fijarse en una cantidad concreta. El aumento del valor de determinadas fincas a causa de la ejecución de las obras tendrá a estos efectos la consideración de beneficio especial.*

*Serán sujetos pasivos de estas contribuciones especiales aquellos que se beneficien de modo directo con las carreteras o accesos que se ejecuten y, especialmente, las personas titulares de las fincas y establecimientos contiguos y las de las urbanizaciones que resulten mejoradas en su comunicación.*

*Las contribuciones especiales se devengarán en el momento de la recepción de las obras o, en su defecto, en el de su puesta en servicio.*

### **3.2 Tributos cedidos**

La CE se refiere a los tributos cedidos como un recurso de las CC.AA., pero no establece el concepto jurídico de la cesión, que en consecuencia debe ser recogido por la LOFCA.

Tanto el concepto de la cesión de tributos como los principios generales de atribución de su rendimiento se regulan en el artículo 10 (núms. 1, 3 y 4) de la LOFCA:

*"1. Son tributos cedidos los establecidos y regulados por el Estado, cuyo producto corresponde a la comunidad autónoma.*

*3. La cesión de tributos por el Estado a que se refiere el apartado anterior podrá hacerse total o parcialmente. La cesión será total si se hubiese cedido la recaudación correspondiente a la totalidad de los hechos imposables contemplados en el tributo de que se trate. La cesión será parcial si se hubiese cedido la de alguno o algunos de los mencionados hechos imposables, o parte de la recaudación correspondiente a un tributo. En ambos casos, la cesión podrá comprender competencias normativas en los términos que determine la ley que regule la cesión*

*de tributos.*

*4. Sin perjuicio de los requisitos específicos que establezca la ley de cesión:*

*a) Cuando los tributos cedidos sean de naturaleza personal, su atribución a una comunidad autónoma se realizará en función del domicilio fiscal de los sujetos pasivos, salvo en el gravamen de adquisiciones por causa de muerte, en el que se atenderá al del causante.*

*b) Cuando los tributos cedidos graven el consumo, su atribución a las CC.AA. se llevará a cabo bien en función del lugar de consumo, bien en función del lugar en el que el vendedor realice la operación a través de establecimientos, locales o agencias, bien en función de los consumos calculados sobre una base estadística (esta última posibilidad se establece debido a la cesión parcial del IVA).*

*c) Cuando los tributos cedidos graven operaciones inmobiliarias, su atribución a las CC.AA. se realizará en función del lugar donde radique el inmueble.”*

Con esta definición queda aclarado que lo que se cede es el rendimiento recaudatorio del tributo, si bien se permite ceder incluso parte de las competencias normativas, si bien el tributo sigue siendo estatal y la potestad normativa sigue manteniéndose en mayor o menor medida, aunque sea a título de norma supletoria aplicable únicamente en ausencia de normativa autonómica.

De conformidad con el artículo 11 de la LOFCA, sólo pueden ser cedidos a las CC.AA.:

*"a) Impuesto sobre la renta de las personas físicas, con carácter parcial con el límite máximo del 50 por ciento.*

*b) Impuesto sobre el patrimonio.*

*c) Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.*

*d) Impuesto sobre sucesiones y donaciones.*

*e) Impuesto sobre el valor añadido, con carácter parcial con el límite máximo del 50 por ciento.*

*f) Los impuestos especiales de fabricación, con carácter parcial con el límite*

*máximo del 58 por ciento de cada uno de ellos, excepto el impuesto sobre la electricidad y el impuesto sobre hidrocarburos.*

*g) El impuesto sobre la electricidad.*

*h) El impuesto especial sobre determinados medios de transporte.*

*i) Los tributos sobre el juego.*

*j) El impuesto sobre hidrocarburos, con carácter parcial con el límite máximo del 58 por ciento para el tipo estatal general y en su totalidad para el tipo estatal especial y para el tipo autonómico.”*

La eventual supresión o modificación por el Estado de alguno de los tributos cedidos implicará la extinción o modificación de la cesión.

La terminología y conceptos de las normas que dicten las CC.AA. se adecuarán a la LGT.

En el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma es fundamental el tener en cuenta la Ley 17/2010, de 16 de julio, que regula el régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.

El artículo 1 establece que *se modifica el apartado uno de la disposición adicional primera de la Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de autonomía para Galicia, que queda redactado con el siguiente tenor:*

*«Uno. Se cede a la Comunidad Autónoma de Galicia el rendimiento de los siguientes tributos:*

*a) Impuesto sobre la renta de las personas físicas, con carácter parcial, en el porcentaje del 50 por 100.*

*b) Impuesto sobre el patrimonio.*

*c) Impuesto sobre sucesiones y donaciones.*

*d) Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.*

*e) Los tributos sobre el juego.*

- f) El impuesto sobre el valor añadido, con carácter parcial, en el porcentaje del 50 por 100.*
- g) El impuesto especial sobre la cerveza, con carácter parcial, en el porcentaje del 58 por 100.*
- h) El impuesto especial sobre el vino y bebidas fermentadas, con carácter parcial, en el porcentaje del 58 por 100.*
- i) El impuesto especial sobre productos intermedios, con carácter parcial, en el porcentaje del 58 por 100.*
- j) El impuesto especial sobre el alcohol y bebidas derivadas, con carácter parcial, en el porcentaje del 58 por 100.*
- k) El impuesto especial sobre hidrocarburos, con carácter parcial, en el porcentaje del 58 por 100.*
- l) El impuesto especial sobre las labores del tabaco, con carácter parcial, en el porcentaje del 58 por 100.*
- m) El impuesto especial sobre la electricidad.*
- n) El impuesto especial sobre determinados medios de transporte.*
- ñ) El impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos.*

*La eventual supresión o modificación por el Estado de alguno de los tributos antes señalados implicará la extinción o modificación de la cesión».*

#### **4. LOS FONDOS DE COMPENSACIÓN INTERTERRITORIAL**

La CE garantiza el principio de solidaridad como uno de los ejes en que se sostiene el Estado de las autonomías, obligando el artículo 138.1 C) al Estado a garantizar la realización efectiva del principio de solidaridad, para lo cual debe velar por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español. Para dar cumplimiento al mandato anterior, el artículo 158.2 de la CE dispone que, con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un fondo de compensación con destino a gastos de inversión cuyos recursos serán

distribuidos por las Cortes Generales.

En consecuencia, la LOFCA, recogió en su artículo 16 los principios generales y las reglas básicas que rigen dicho fondo. Este sistema cambió a partir de 1 de enero de 2002 tras la promulgación de la Ley 22/2001, de 27 de diciembre, reguladora de los fondos de compensación interterritorial, en concordancia con la nueva redacción que la Ley orgánica 7/2001, de esa misma fecha, dio al artículo 16 de la LOFCA. Entre los aspectos más relevantes del nuevo régimen establecido destacan:

- Se ha separado el antiguo Fondo de Compensación Interterritorial en dos fondos distintos: el Fondo de Compensación y el Fondo Complementario.
- Se introduce la novedad de que con cargo a uno de esos fondos (el complementario) se financien gastos de funcionamiento asociados a las inversiones.
- Se da entrada en los fondos a las ciudades autónomas (Ceuta y Melilla), que estaban excluidas en el régimen anterior, lo cual no ha mermado los recursos de los fondos con destino a las CC.AA., dado que los fondos se han incrementado en la cuantía que corresponde a tales ciudades.

Cada territorio deberá dar cuenta anualmente a las Cortes Generales del destino de los recursos recibidos con cargo al fondo de compensación, así como el estado de realización de los proyectos que con cargo al mismo estén en curso de ejecución.

#### **4.1. El Fondo de Compensación.**

Dicho fondo se dotará anualmente de la siguiente forma:

- a) Con una cantidad que no podrá ser inferior al 22,5 por 100 de la base de cálculo de la inversión pública que haya sido aprobada en los presupuestos generales del Estado del ejercicio.
- b) Adicionalmente con el 1,5 por 100 de la cantidad determinada en la letra anterior y el importe que se asigne legalmente en función de la variable «Ciudad con estatuto de autonomía».
- c) Adicionalmente con el 4,02 por 100 de la cantidad determinada en la

letra a), y el importe que se asigne legalmente por la variable de «región ultraperiférica».

#### **4.2 El Fondo Complementario.**

Dicho fondo se dotará anualmente para cada comunidad autónoma y ciudad con estatuto de autonomía con el 33,33 por 100 de su respectivo fondo de compensación.

Dicha cuantía se destinará a gastos de inversión que promuevan directa o indirectamente la creación de renta y riqueza en el territorio beneficiario. No obstante, a solicitud de los territorios beneficiarios del mismo, podrá destinarse a financiar gastos necesarios para poner en marcha o en funcionamiento las inversiones financiadas con cargo al Fondo de Compensación o a este fondo, durante un período máximo de dos años. A este respecto, el cómputo de los años se iniciará en el momento en el que haya concluido la ejecución del proyecto.

### **5. EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS FINANCIERAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

El artículo 156 de la CE manifiesta:

*"1. Las CC.AA. gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias de acuerdo con los principios de coordinación con la Hacienda estatal y solidaridad entre todos los españoles.*

*2. Las CC.AA. podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquel, de acuerdo con las leyes y los estatutos."*

De este precepto constitucional deriva que:

- a) La autonomía financiera de las CC.AA. les permite disponer de un propio sistema de ingresos y gastos para el desarrollo y ejecución de sus competencias, si bien con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad interregional (artículo 156.1, en relación con el 2 y el 138 de la CE).
- b) Las CC.AA. disponen de una potestad tributaria derivada dado que la



potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante ley: artículo 133.1 de la CE, que las habilita para establecer y exigir tributos, de acuerdo con la CE y las leyes (artículo 133.2 de la CE).

Esta potestad tributaria de las CC.AA. está, sin embargo, limitada por la prohibición de no poder en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo a la libre circulación de mercancías o servicios (artículo 157.2 de la CE y artículo 9 de la LOFCA).

Téngase en cuenta, además, que la potestad de establecimiento, modificación o supresión por la comunidad autónoma de sus propios tributos, así como de recargos sobre los impuestos del Estado (también recursos propios), constituye una materia de reserva de ley autonómica (artículo 5.b y c del TRLRFPG).

c) Las CC.AA. disponen también de potestad de gestión tributaria, que puede calificarse como potestad subordinada, en el sentido de que podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado respecto de las funciones de gestión, liquidación y recaudación de los tributos estatales (artículo 156.2 de la CE), pero con potestad autónoma para el desarrollo de esas mismas funciones respecto de los propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, es decir, siempre que tales funciones se produzcan dentro de su ámbito competencial tributario.

**NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 8**

**EL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL. EL  
IMPUESTO. CONCEPTO, CLASES, PRINCIPIOS Y  
EFECTOS. LOS IMPUESTOS DIRECTOS:  
CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES.  
IMPUESTOS INDIRECTOS: CONCEPTO,  
CARACTERES Y CLASES.**

## **TEMA 8. EL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL. EL IMPUESTO. CONCEPTO, CLASES, PRINCIPIOS Y EFECTOS. LOS IMPUESTOS DIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES. IMPUESTOS INDIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES.**

### **1. EL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL**

La correcta realización de funciones por parte del sector público en la resolución de los problemas económicos que le plantea la sociedad requiere un gasto continuo y cuantioso, por lo que precisa obtener recursos suficientes para financiarlo. Así, se entiende por **ingreso público** toda cantidad de dinero percibida por el Estado y demás entes públicos, cuyo objeto esencial es financiar los gastos públicos.

Todo ente público dispone de cuatro **grandes grupos de ingresos públicos**. En primer lugar, están los **ingresos patrimoniales**, que son aquellos que derivan de su patrimonio; por tanto, ingresos de igual naturaleza a los que pueden obtener las personas privadas. En este grupo estarían los beneficios que obtienen las empresas públicas o los ingresos procedentes de la explotación de los recursos naturales propiedad del ente público, como la minería o la extracción de hidrocarburos.

El segundo grupo de ingresos son los **procedentes de transferencias** que pueden tener su origen tanto en donaciones domésticas como en la ayuda exterior, ya procedan de otros Estados u otros niveles de gobierno –entes territoriales- dentro del mismo Estado.

El tercer grupo es el formado por los **ingresos coactivos**, que constituyen la mayor parte de los ingresos en todas las haciendas, destacando dentro de éstos los **tributos**.

Por último, todo ente jurídico con capacidad patrimonial puede obtener **ingresos de capital**, bien **enajenando activos** de su patrimonio o bien recurriendo al **endeudamiento**. Debemos ser conscientes de que este grupo de ingresos es de naturaleza distinta a la de los anteriores, ya que mientras que los tres primeros grupos de ingresos pueden considerarse de carácter regular, este último tienen límites. Si trasladamos al ámbito público la lógica privada, como hicieron los economistas clásicos, el recurso a los ingresos de capital solo se podría justificar en la medida en que se destinasen a financiar gastos de capital, de forma que el patrimonio neto del ente público

permaneciese inalterado (*Regla de sanidad financiera de los clásicos*). De esta forma, la deuda pública se constituye en un puente que permite distribuir equitativamente el coste de los servicios públicos entre la generación actual y las generaciones futuras.

En una primera aproximación, el conjunto de tributos en vigor según el ordenamiento jurídico de un determinado país en un momento dado constituye el **sistema tributario** de ese país.

Pero la expresión “sistema tributario” parece exigir, y así lo entiende la doctrina, algo más que la simple yuxtaposición de tributos. Así, por ejemplo, para SCHMÖLDERS: “*el concepto de sistema tributario implica cierta coordinación de los diferentes impuestos entre sí con el sistema económico dominante y con los fines fiscales y extrafiscales de la imposición*”, e implica que las normas que regulan los tributos que de él forman parte respondan a la idea de sistema como elementos de un todo ordenado hacia un fin, que sean coherentes entre sí y con el resto del sistema y que sirvan para transmitir de forma clara a sus destinatarios el mandato que en ellas se contiene.

Así, podemos definir el **sistema tributario español** como el conjunto coherente de tributos que están integrados en el ordenamiento jurídico español, inspirado en principios comunes a todo el sistema, como instrumento idóneo para hacer efectivo el deber constitucional al sostenimiento de los gastos públicos (*artículo 31.3 de la CE*).

Todo sistema tributario de un país democrático es fruto de la elección de sus ciudadanos, quienes manifiestan sus preferencias a través de los partidos políticos. Dependiendo de cuáles sean las funciones que se quieran asignar al sector público y de cómo se quieran financiar las mismas, el sistema tributario de cada país tendrá unas características u otras. Así, por ejemplo, si el sector público juega un papel importante en la provisión de servicios como la sanidad o educación, ello determinará el nivel de ingresos necesarios para su financiación y, en gran medida, el nivel de presión fiscal.

Sin embargo, además de las preferencias políticas de los ciudadanos en un periodo determinado, el sistema tributario viene determinado también por otros dos factores: la historia de cada nación, como prueba la existencia en España de los regímenes de concierto y convenio económico en el País Vasco y Navarra, y el factor internacional, que explica en parte la evolución reciente de los sistemas tributarios en un mundo globalizado

como el nuestro, tanto por la elevada movilidad del capital y la consiguiente competencia fiscal entre países para lograr su captación, como por la creación de organismos como la Unión Europea (UE) o la propia OCDE, que condicionan en muchos casos las políticas tributarias que se puedan desarrollar (por ejemplo, los límites derivados de la armonización fiscal en la UE).

Por otro lado, todo sistema tributario debe configurarse de acuerdo con unos principios generales, que se analizarán más adelante, ya avanzados por ADAM SMITH en el año 1776, entre los cuales destacan la suficiencia, la equidad, la eficiencia y la sencillez.

En efecto, un buen sistema tributario debe ser equitativo, es decir, justo. Esto es, que atienda a la capacidad contributiva y de pago, permitiendo un efecto redistributivo. Además, tiene que ser eficiente y, por tanto, neutral; es decir, que no distorsione las decisiones de los agentes económicos. Igualmente, debe ser sencillo, fácil de entender y aplicar por los contribuyentes y de controlar y gestionar por la Administración. Por último, el sistema tributario ha de permitir obtener la recaudación necesaria para financiar el gasto público (suficiencia).

Sin embargo, a nadie se le escapa que con frecuencia estos objetivos son incompatibles entre sí y, por consiguiente, el sistema tributario acaba siendo un equilibrio entre equidad, eficiencia y sencillez para así obtener el volumen deseado de recaudación. Lógicamente, este equilibrio depende de las preferencias de los ciudadanos, aunque también de la situación económica tanto nacional como internacional.

La estructura del actual sistema tributario español es resultado de la reforma iniciada en 1978, con la publicación de la Ley 44/1978, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, si bien todos los autores están de acuerdo en situar en el año 1845 el punto de arranque histórico de nuestro actual sistema tributario. Junto a éstas, la doctrina destaca fundamentalmente las reformas llevadas a cabo en los años 1900, 1940, 1957 y 1964.

## **2. EL IMPUESTO: CONCEPTO, CLASES, PRINCIPIOS Y EFECTOS**

### **2.1. Concepto.**

En el derecho español, tradicionalmente, el impuesto, junto con la tasa y contribución especial, constituye una de las tres grandes especies en que se ha dividido la categoría de

tributo. Ésta es la clasificación acogida por la propia Constitución española (CE), en su artículo 157.1.b, y por la Ley general tributaria (LGT), en su artículo 2.2, cualquiera que sea la denominación que se le de al tributo en su norma de creación.

Por primera vez en nuestro derecho positivo, la LGT (artículo 2.1) define los **tributos** como: *“los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.”*

Las **tasas** *“son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.”*

Las **contribuciones especiales** *“son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos.”*

Los **impuestos** *“son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente.”*

De acuerdo con la definición legal de impuesto, su hecho imponible debe poner de manifiesto la capacidad económica del contribuyente, es decir, de la persona que realiza dicho hecho imponible. Ahora bien, esta exigencia no es privativa del impuesto, sino que, por imperativo constitucional (artículo 31.1 de la CE), debe concurrir en todas las categorías tributarias. La nota diferencial del impuesto está en el elemento objetivo del hecho imponible, en el que, a diferencia de las otras especies tributarias, no se contempla ninguna actividad administrativa. A esta nota característica pretende aludir la LGT cuando define el impuesto como un *“tributo sin contraprestación”*, expresión poco afortunada porque la ausencia de contraprestación no constituye nota distintiva del impuesto ni de

ninguna otra categoría tributaria.

GIANNINI define el impuesto como *“cantidad que el Estado exige a las economías privadas, en uso de su poder coactivo o potestad tributaria sin proporcionar al contribuyente, en el momento del pago, un servicio o prestación individual, destinado a financiar los gastos del Estado. Consiste en una prestación en dinero que un ente público tiene derecho a exigir en virtud de su potestad de imperio originaria o derivada, en los casos, en la medida y según los modos establecidos en la ley, con el fin de conseguir un ingreso.”*

Las **características** del impuesto son:

- a) Su carácter obligatorio frente a otros ingresos públicos. Es decir, es una prestación de derecho público que no depende en su existencia y exigibilidad de la voluntad de los obligados.
- b) Es un tributo exigido sin contraprestación específica y equivalente a lo pagado. Su exigibilidad o cobro no están condicionados a la utilización de algún servicio público, ya que su objetivo es la financiación del gasto público.
- c) El objeto del impuesto podrá ser el patrimonio, la renta o el gasto, como manifestaciones de la capacidad contributiva o económica del sujeto pasivo.
- d) El hecho imponible del tributo aparece referido tanto a hechos como a actos de naturaleza jurídica o económica, que estarán delimitados por una norma de rango legal.
- e) De la realización del hecho imponible surge a cargo del contribuyente una obligación pecuniaria de dar a favor del Estado u otro ente público, consistente única y exclusivamente en la entrega de una suma determinada de dinero.

## **2.2 Clases de impuestos**

Los **criterios de clasificación del impuesto** son múltiples y en su exposición no se puede intentar recoger todos los matices y opiniones doctrinales expresadas al respecto. Economistas, hacendistas, sociólogos y juristas han formulado las más variadas distinciones entre impuestos atendiendo a criterios tales como la divisibilidad o no de los servicios financiados, la repercutibilidad o no de la cantidad pagada sobre una tercera persona, la forma en que se liquidan o pagan, etc.

Según los fines que se persiguen con el impuesto, autores como GERLOFF han propuesto distinguir entre *impuestos fiscales*, con finalidad puramente recaudatoria, y *de ordenación (extrafiscales o parafiscales)*, que buscan fundamentalmente unos efectos económicos con los que variar conductas individuales y colectivas para conseguir determinados objetivos básicos de la organización de la convivencia (ej.: tributos medioambientales). Al mismo criterio responde la distinción entre *instrumentos o impuestos financieros y reguladores*.

También se acude a agruparlos según los distintos tipos de sujetos activos. Así, la existencia en nuestro Estado de tres niveles territoriales dotados de autonomía financiera y potestad tributaria nos permite hablar de tres sistemas tributarios diferenciados dentro del sistema tributario español: el *estatal*, el *autonómico* y el *local (municipal y provincial)*.

En base a los elementos cuantitativos del impuesto, expone PÉREZ DE AYALA tres clasificaciones:

a) *Impuestos analíticos y sintéticos*. En los analíticos se determina la base imponible por rendimientos, calculándose el rendimiento neto por cada fuente de renta y aplicándose tipos diferenciados (ej.: IRPF). En los sintéticos, la base imponible se determina en su conjunto, calculándose el rendimiento neto deduciendo del total de ingresos el total de los gastos legalmente deducibles y aplicando una misma tarifa de tipos impositivos a la totalidad de su materia imponible (ej.: IS).

b) Se llaman *impuestos ad valorem* aquellos cuya base imponible está integrada por magnitudes monetarias y *específicos* los de base imponible expresada en unidades no monetarias (número de unidades físicas, peso, volumen, etc). Esta distinción es tradicional en los impuestos que gravan el consumo; así, en el IVA (*ad valorem*) la base consiste en la contraprestación ("valor de un bien o servicio") mientras que en el IVMDH o en la mayoría de los IIEE (*específicos*) la base se fija en litros (alcoholes o gasolinas), toneladas métricas (fuelóleos) o unidades de producto (cigarrillos).

c) Son *proporcionales o progresivos* según que su tarifa, en base a su propia estructuración, sea proporcional (ITP-AJD) o progresiva (IRPF o ISD).

Limitada la clasificación al campo del derecho, parece conveniente erigir, como criterio de calificación, al hecho imponible del tributo, esto es, el presupuesto fijado por la ley para



configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria de pago. Este criterio permite las siguientes clasificaciones:

En primer lugar, podemos distinguir entre *impuestos personales y reales*. Como señaló SAINZ DE BUJANDA, *impuestos personales* son aquellos en los que el elemento objetivo del presupuesto de hecho sólo puede concebirse por referencia a una persona determinada, de tal suerte que ésta actúa como elemento constitutivo del propio presupuesto. Son de tal naturaleza los impuestos que recaen sobre la renta global o sobre el patrimonio de una persona física (IRPF) o jurídica (IS). Se trata de impuestos que no pueden ser pensados sin ponerlos en relación con una determinada persona e intentan gravar toda la capacidad económica del sujeto.

Por el contrario, son *impuestos reales* aquellos que se asientan sobre un elemento objetivo, cuya intrínseca naturaleza se determina con independencia del elemento personal de la relación tributaria. El elemento objetivo del presupuesto de hecho es constitutivamente autónomo. Puede ser pensado y, consiguientemente, definido por la norma, sin referencia a ningún sujeto determinado. Es decir, gravan manifestaciones de la riqueza que puede ser pensada sin ponerla en relación directa con una persona en concreto. Por ejemplo, el ITP-AJD.

Con palabras de SCHMOLDERS, diríamos que los *impuestos reales* se recaudan según datos objetivos mientras que los *personales* se encuentran vinculados a una persona.

Ligada a la división anterior aparece otra con la que a veces se confunde. Nos referimos a la clasificación de *impuestos subjetivos y objetivos*, en función de si se tienen (*subjetivos*) o no (*objetivos*) en cuenta las circunstancias personales y familiares del sujeto pasivo (*elemento subjetivo del hecho imponible*) en el momento de cuantificar el importe de la deuda tributaria.

En el elemento objetivo del hecho imponible concurre un aspecto temporal, que sirve para distinguir entre *impuestos periódicos e instantáneos*.

*Periódicos* son aquellos impuestos cuyo presupuesto de hecho goza de continuidad en el tiempo, de forma que el legislador se ve obligado a fraccionarlo, de tal suerte que a cada fracción resultante asocia una deuda tributaria distinta. Por ejemplo, en el IRPF, al gravar

la obtención de rentas, el legislador dispone que se devenga el 31 de diciembre de cada año, debiendo incluirse la renta percibida desde el 1 de enero anterior.

*Instantáneos* son aquellos impuestos cuyo presupuesto de hecho se agota, por su propia naturaleza, en un determinado período de tiempo. No quiere decir que su duración haya de ser fugaz, sino que basta con que no se prolongue indefinidamente. Por ejemplo, el ITP-AJD, el ISD o el IP.

Por último, la clasificación que goza de más tradición, pese a que es una distinción de perfiles sumamente borrosos, es la que distingue entre *impuestos directos e indirectos*. El criterio más aceptado contrapone impuestos directos e indirectos según la capacidad contributiva de los sujetos pasivos. Son *impuestos directos* aquellos que gravan la posesión de un patrimonio o la obtención de una renta, en cuanto reflejan directamente la capacidad económica del individuo (ej.: IRPF, ISD o IP). Los *impuestos indirectos* someten a tributación manifestaciones mediatas o indirectas de capacidad económica, como sucede con la circulación o el consumo de la riqueza (ej.: IVA, IIEE o ITP-AJD).

## **2.3 Principios**

A lo largo de los años, la existencia de los sistemas tributarios en sus diversas manifestaciones ha provocado que se fuera acuñando un conjunto de normas o reglas fundamentales que resultaban de general aceptación. Estas normas han ido constituyendo paulatinamente un código al que debían ajustarse los distintos sistemas fiscales y que constituía una serie de recomendaciones u orientaciones de carácter normativo, que son lo que hoy se conoce con el nombre de **principios de la imposición**.

Al hablar de los principios de la imposición es frecuente que se utilice la clasificación propuesta por NEUMARK, que los agrupa fundamentalmente en principios político-sociales (generalidad, igualdad, capacidad de pago y redistribución tributaria), principios político-económicos (neutralidad, suficiencia, capacidad de aumento, flexibilidad e impulso al desarrollo) y principios técnico-tributarios (sistematización, transparencia, factibilidad, continuidad y mínimo coste).

Sin embargo, a la hora de analizar los principios de la imposición, vamos a optar por la enumeración recogida en la CE y LGT, que distingue dos grupos: los principios que afectan

a la instrumentación interna del sistema tributario y los que afectan al sistema tributario en su relación con los contribuyentes y la Administración.

### **A. Principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario.**

En este sentido, el artículo 3 de la LGT establece que *la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.*

*La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad, eficacia y limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales y asegurará el respeto de los derechos y garantías de los obligados tributarios.*

#### **A.1 Principios de la ordenación del sistema tributario**

##### **a) Principio de generalidad**

Con este principio se pretende que todos contribuyan dentro del sistema tributario para hacer frente a las cargas públicas, que haya universalidad en el sacrificio impositivo. El único límite, y a la vez necesario, de este principio es el que deriva de su compatibilidad con el de capacidad económica y, por tanto, sólo tendrán que pagar tributos los que tengan la suficiente capacidad económica. Sólo habrán de admitirse, pues, aquellas excepciones ("exenciones") cuya justificación resida en la aplicación del principio de capacidad económica. Dice NEUMARK que este principio *"exige que por una parte, todas las personas (naturales y jurídicas) sean sometidas al gravamen tributario y que, por otra parte, no se admitan en el marco de un impuesto particular otras excepciones a la obligación tributaria subjetiva y objetiva que las que parezcan inexcusables por razones de política económica, social, cultural y sanitaria o por imperativos de la técnica tributaria"*.

Está explícitamente proclamado en el artículo 31.1 de la CE al establecer: *"Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica..."* y en el artículo 3.1 de la LGT ya citado.

##### **b) Principios de justicia, igualdad y progresividad**

El reparto de la carga tributaria debe hacerse con arreglo a un criterio de justicia. El sistema tributario será justo en la medida en que se cumplan otros dos principios: el de

igualdad y el de progresividad.

El principio de igualdad en materia tributaria se formula a través de una doble máxima: gravar del mismo modo a individuos que se encuentren en la misma situación y gravar de diferente manera a individuos que presenten situaciones diversas. Expresado de otra forma, debe gravarse "igual a los iguales y de modo desigual a los desiguales".

Contribuye a la consecución de dicha igualdad el principio de progresividad, por cuanto consiste en que quienes más tienen contribuyan en proporción superior a los que menos tienen. Es decir, que la carga tributaria soportada por un individuo (suma de las cuotas que satisface a través de los diversos impuestos) vaya creciendo en mayor proporción a medida que lo hace su capacidad tributaria (medida por las bases impositivas). Para que un sistema tributario cumpla con este principio, no es necesario que la progresividad tenga lugar en todos y cada uno de sus impuestos; basta con que alguno o algunos de ellos tenga ese requisito y contribuya así a la progresividad global del sistema.

Estos principios se recogen tanto en el artículo 3.1 de la LGT como en el artículo 31.1 de la CE, cuando dice: «*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio*». Artículos donde también se recogen los dos principios siguientes: capacidad económica y no confiscatoriedad.

#### c) Principio de capacidad económica

Dos son los criterios que se utilizan en la teoría normativa de la hacienda para decidir los impuestos que debe pagar cada ciudadano. Uno es el principio del beneficio; el otro es el de la capacidad de pago o económica. De acuerdo con el primero, cada individuo debería contribuir a cubrir los gastos públicos de acuerdo con los beneficios que obtiene por los bienes y servicios que el Estado le proporciona. En cambio, si nos atenemos al principio de la capacidad de pago cada individuo debería contribuir según su capacidad, independientemente de los beneficios que derive de la acción pública.

El principio de capacidad económica actúa como un límite para el legislador al hacer uso de su potestad tributaria. Supone que el establecimiento del tributo debe atender a la

capacidad de los sujetos llamados a satisfacerla.

d) Principio de no confiscatoriedad

Supone que el sistema tributario no tendrá en ningún caso alcance confiscatorio. Pone así un límite que persigue impedir que la exigencia de un tributo pueda anular el derecho constitucional de propiedad.

e) Principio de equidad o equitativa distribución de la carga tributaria

Este principio exige que el fin último que debe alcanzar un sistema tributario sea el reparto equitativo de los tributos, pues la equidad aparece como contenido último de la justicia. Esta exigencia en la CE sólo aparece referida a los gastos públicos (artículo 31.2). Sin embargo, sí está recogida en el artículo 3 de la LGT respecto del sistema tributario.

## **A.2 Principios de la aplicación del sistema tributario**

a) Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad es exigida por la LGT, tanto con carácter general (artículo 3.2): "*La aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad...*", como particular: cuando se refiere a la potestad sancionadora (artículo 178), en las actuaciones del procedimiento de recaudación (medidas cautelares, artículo 81; embargos, artículo 169) y también en el procedimiento inspector (medidas cautelares, artículo 146). Responde a la exigencia de equilibrio entre el fin pretendido y las medidas adoptadas para su consecución.

b) El principio de eficacia

La eficacia alude a la necesidad de que la Administración logre desempeñar efectivamente las funciones que tiene encomendadas, que no son otras que la aplicación del sistema tributario. Este mandato está previsto con carácter general para toda la Administración pública en el artículo 103.1 de la CE.

c) Principio de limitación de costes indirectos derivados del cumplimiento de obligaciones formales

Junto a la presión fiscal directa, existe otro tipo de presión fiscal denominada indirecta que obliga al contribuyente a soportar unas exigencias formales, no pecuniarias, que tienen un

importante coste adicional al de la deuda tributaria. Así, este principio pretende que la Administración imponga a los contribuyentes sólo aquellas obligaciones estrictamente necesarias, siendo claro exponente del mismo los derechos que se reconocen al obligado tributario en el artículo 34 de la LGT, como por ejemplo el derecho a ser informado y asistido por la Administración tributaria o el derecho a no aportar aquellos documentos ya presentados por ellos mismos y que se encuentren en poder de la Administración actuante.

## **B. Potestad tributaria y principio de legalidad o reserva de ley**

En cuanto a la titularidad de la potestad tributaria, o potestad para el establecimiento de tributos, el artículo 4 de la LGT recoge esencialmente el contenido del artículo 133 de la CE al establecer que:

*«1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.*

*2. Las comunidades autónomas y las corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.*

*3. Las demás entidades de derecho público podrán exigir tributos cuando una ley así lo determine».*

En virtud de lo dispuesto en este precepto, la doctrina hace una distinción entre potestad originaria para el establecimiento de los tributos, que correspondería al Estado, y la potestad tributaria derivada, que correspondería a las CC.AA. y CC.LL.

En cuanto al instrumento o vehículo formal para su ejercicio, el artículo 31.3 de la CE señala que: *«Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley»*. Esta reserva de ley se concreta en el artículo 8 de la LGT al enumerar las materias que habrán de ser reguladas por ley.

### **2.4 Efectos**

La consideración de la teoría general de la imposición, además del análisis del concepto, clases y principios, requiere una breve referencia a sus **efectos económicos**.

La identificación del contribuyente y la liquidación y el pago del impuesto no son la única

influencia que la imposición ejerce sobre la economía. Los efectos económicos del impuesto están en relación con las diversas reacciones que puede adoptar el sujeto económico ante el establecimiento o modificación del mismo. Dichas reacciones pueden resumirse en **percusión**, **traslación**, **incidencia** y **evasión**.

Por **percusión** se entiende el efecto directo e inmediato que se origina sobre aquellos que son legalmente responsables del pago del impuesto. El sujeto que hace frente al impuesto se verá afectado en su nivel de renta en la misma proporción que suponga el importe que deba ingresar.

Sin embargo, no siempre el que adeuda el impuesto es el que efectivamente lo soporta. Aparece así la **traslación** conectada a la percusión, y consiste en conseguir que el sujeto económico percutido pase el impuesto pagado, total o parcialmente, a cargo de otro sujeto. De esta forma, el sujeto puede evitar el pago de todo o parte del impuesto establecido legalmente sobre él, mediante alteraciones en los precios de los productos o servicios que presta.

La **incidencia** del impuesto está en conexión con los dos fenómenos anteriores y constituye la determinación final del peso del gravamen. En otras palabras, sería dar respuesta a la pregunta: "¿quién paga realmente los impuestos?"

El hecho de que los impuestos se exijan de determinados sujetos pasivos no significa que sean éstos quienes, en definitiva, los paguen. Es decir, la incidencia formal o legal de un impuesto no tiene por qué coincidir con la incidencia económica o efectiva.

Establecido el tributo, éste provoca una serie de reacciones entre los distintos sujetos con quienes realmente terminan pagando el impuesto. Esta diferencia entre incidencia legal e incidencia económica ocurre porque la carga del impuesto se traslada a otros agentes económicos por los legalmente gravados. Por tanto, las diferencias entre incidencia legal y económica residen en el proceso de traslación del impuesto que altera la incidencia sobre los sujetos legales del mismo. Así, la incidencia económica puede definirse como el conjunto de cambios que ocasiona en la distribución de la renta real el impuesto, dando lugar a que quienes realmente pagan el impuesto no sean los legalmente incididos por él.

Finalmente, como concepto opuesto al de la percusión está la **evasión**. La evasión es la



consecuencia de la decisión del sujeto destinatario del impuesto de sustraerse a la obligación jurídica de pagar la deuda correspondiente. Se suele diferenciar entre lo que se considera evasión ilegal, cuyas formas fundamentales son el contrabando y el fraude fiscal, y la evasión legal, en el sentido de que el contribuyente tiene la posibilidad de dejar de consumir o producir los bienes o servicios o, en general, la actividad sujeta a imposición. Asimismo, pueden dar lugar a la evasión legal las lagunas que presente la norma jurídica del impuesto, siempre que el contribuyente se aproveche de las mismas, evitando que incida sobre él.

Un análisis más detallado nos llevaría a estudiar los efectos finales que cada figura impositiva en concreto puede tener sobre las decisiones adoptadas por los sujetos económicos en relación a la oferta de trabajo, oferta de ahorro, asunción de riesgos, inversión, financiación, etc.

De este modo, la política fiscal se sitúa entre los instrumentos de intervención de que dispone el sector público. Como señala el artículo 2.2 de la LGT: *"Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución"*. Es decir, el tributo deja de ser neutro y de exclusiva finalidad recaudatoria, para servir de instrumento de la política económica y social. En este sentido, puede recordarse que la CE señala entre los principios rectores de la política social y económica el deber de los poderes públicos de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico en el marco de una política de estabilidad económica, orientada de manera especial al pleno empleo (artículo 40).

Para una adecuada comprensión del sistema tributario español es conveniente incidir en las principales relaciones entre las distintas figuras impositivas.

En el IRPF, el IS y el IRNR, el objeto imponible es la renta obtenida por el sujeto pasivo, siendo el criterio delimitador doble: la residencia del perceptor de la renta -así, se distingue entre los residentes (IRPF e IS) y los no residentes (IRNR)- y la naturaleza del perceptor, según se trate de una persona física (IRPF-IRNR) o jurídica (IS-IRNR).

La naturaleza del perceptor también delimita el ISD, que grava los incrementos



patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas, y el IS, donde se someten a gravamen los incrementos de patrimonio lucrativos obtenidos por personas jurídicas.

A las incompatibilidades descritas hay que añadir la existente entre el ISD y el IRPF, ya que en ambos se gravan los incrementos de patrimonio obtenidos por personas físicas. A fin de evitar la doble imposición, la ley del IRPF considera no sujetos al impuesto los incrementos de patrimonio que se encuentren sujetos al ISD.

El IP se configura como un gravamen complementario al del IRPF, por lo que se establece un límite de gravamen conjunto sobre las cuotas de ambos impuestos. Además, el IP es objeto de referencias por parte de otras figuras de la imposición directa (IRPF, ISD), fundamentalmente en cuanto a las reglas de valoración de bienes o derechos y de titularidad fiscal sobre los mismos, lo que también explica que no se haya suprimido formalmente del ordenamiento tributario.

Existe compatibilidad entre el IVA y los IOS y IAJD, pero no entre el IVA y el ITPO, de modo que no estarán sujetas al ITPO las operaciones cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al IVA. No obstante, la especial importancia de las operaciones inmobiliarias rompe esta regla general, ya que estarán sujetas al ITPO las entregas o arrendamiento de bienes inmuebles, cuando gocen de exención en el IVA, así como las entregas de aquellos inmuebles que estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, cuando, por las circunstancias concurrentes, la transmisión de este patrimonio no quede sujeta a IVA.

El ISD, que grava transmisiones lucrativas, es incompatible con los ITPO y IOS, así como con el IAJD, en cuanto a los “documentados notariales” en su cuota variable. Ahora bien, es compatible con la cuota fija que grava los documentos notariales por el IAJD.

Se admite la concurrencia del ISD y el IVA, si bien requiere que el bien donado esté afecto a una actividad empresarial o profesional, de modo que la donación del mismo supone la desafectación de lo donado respecto del patrimonio empresarial o profesional del donante, produciéndose un supuesto de “autoconsumo” sometido a gravamen en el IVA. Lo mismo sucede en la transmisión *mortis causa* cuando no abarca la totalidad del patrimonio

empresarial o profesional.

### **3. LOS IMPUESTOS DIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES**

Son *impuestos directos* aquellos que gravan la posesión de un patrimonio o la obtención de una renta, en cuanto reflejan directamente la capacidad económica (de pago o contributiva) del individuo, midiéndose en este caso por lo que gana o por lo que tiene esa persona. Son impuestos progresivos, con la única excepción del impuesto sobre sociedades que tiene con carácter general un tipo fijo único (impuesto proporcional).

La articulación de estos impuestos en torno a la capacidad económica como criterio rector exige determinar las concretas categorías económicas susceptibles de quedar sujetas a la imposición directa. Tales son: los rendimientos o rentas derivadas de los factores de producción (trabajo personal, capital y actividades económicas), los incrementos patrimoniales o plusvalías obtenidos por vía de adquisición onerosa o gratuita y el patrimonio neto de los sujetos.

Efectivamente, la imposición directa se construye en torno a dos índices fundamentales: el índice de "patrimonio" y el índice de "renta". En torno al primero se establecen impuestos sobre el patrimonio neto, sobre sucesiones y donaciones y sobre la propiedad de elementos patrimoniales. Conforme al segundo, quedan enunciados los impuestos sobre la renta, tanto la obtenida por las personas físicas como por las sociedades y demás entidades.

En el sistema tributario español son impuestos directos:

- **Impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF)**

Se trata de un impuesto directo y de carácter personal y subjetivo que grava, según los principios de igualdad, generalidad y progresividad, la renta de las personas físicas residentes en territorio español, de acuerdo con sus circunstancias personales y familiares. Su objeto imponible es la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establecen en la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador (renta mundial). A efectos de determinar la base imponible y del cálculo de la cuota a ingresar, la renta se clasificará en general

(sometida a tipo progresivo) y del ahorro (sometida a tipo proporcional). La regulación actual está en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, y el Reglamento del impuesto, aprobado por el Real decreto 439/2007, de 30 de marzo.

– **Impuesto sobre sociedades (IS)**

Es un impuesto directo y de carácter personal, proporcional y periódico que grava la renta de las sociedades y demás entidades con personalidad jurídica que tengan su residencia en territorio español. Actualmente regulado en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto de sociedades, que entró en vigor el 1 de enero de 2015.

– **Impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR)**

Es un impuesto directo y de carácter real, que grava las rentas obtenidas en territorio español por las personas físicas y entidades no residentes en el mismo. Su normativa reguladora la encontramos en el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes, aprobado por el Real decreto legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y el Real decreto 1776/2004, de 30 de julio, que aprueba su reglamento.

– **Impuesto sobre patrimonio (IP)**

Es un impuesto directo, personal y progresivo, que recae sobre el patrimonio neto de las personas físicas, entendiendo por patrimonio neto el conjunto de bienes y derechos de contenido económico de que sea titular, con deducción de las cargas y gravámenes que disminuyan su valor, así como de las deudas y obligaciones personales de las que deba responder.

Está regulado por Ley 19/1991, de 6 de junio. Con efectos desde el 1.1.2008, mediante la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, se suprimió el gravamen derivado de este impuesto mediante la aprobación de una bonificación general del 100% de la cuota íntegra; por tanto, se mantiene la norma reguladora del impuesto, si bien se derogan algunos de sus artículos, como el de la obligación de declarar. Con ello no solo se produjo una evidente pérdida recaudatoria, sino que también se pierde la labor de control que desempeñaba este impuesto, siendo sustituida por la información obtenida a través de las declaraciones informativas previstas en diversas normas, como el Real decreto 1065/2007, de 27 julio, por el que se aprueba el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de

gestión e inspección tributaria, y la disponible en los registros públicos (ej.: Catastro).

Por el Real decreto ley 13/2011, de 16 de septiembre, se restablece el impuesto sobre el Patrimonio, con carácter temporal para los ejercicios 2011 y 2012. No obstante, a través de la Ley 16/2012, de 27 de diciembre, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, y la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, se han aprobado más prórrogas del restablecimiento inicial; la última, operativa hasta el 1 de enero de 2016.

#### – **Impuesto sobre sucesiones y donaciones (ISD)**

Es un impuesto directo, progresivo y subjetivo, que grava los incrementos de patrimonio obtenidos a título gratuito por las personas físicas, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*. Está regulado por la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del impuesto sobre sucesiones y donaciones, y por el Real decreto 1629/1991, por el que se aprueba su reglamento.

Dentro del sistema tributario local, son impuestos directos, regulados en el texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, los siguientes:

#### – **Impuesto sobre bienes inmuebles (IBI)**

Es un impuesto directo, real y periódico, que grava la propiedad de bienes rústicos o urbanos, situados en el término municipal de aplicación del impuesto, así como la titularidad sobre tales bienes de un derecho real de usufructo o superficie o de una concesión administrativa sobre ellos o sobre los servicios públicos a cuya realización se afecten. Es exigido por los municipios de forma obligatoria y la gestión es compartida con la Administración del Estado.

#### – **Impuesto sobre actividades económicas (IAE)**

Es un impuesto directo, real y periódico, que grava el mero ejercicio en el territorio nacional de actividades económicas (empresariales, profesionales y artísticas), se ejerzan éstas o no en local determinado y estén o no especificadas en las tarifas del impuesto. Es exigido por los municipios de forma obligatoria y de gestión compartida con la Administración del Estado.

– **Impuesto sobre vehículos de tracción mecánica (IVTM)**

Coloquialmente llamado “impuesto de circulación”, se trata de un impuesto directo, real y periódico, que grava la titularidad de vehículos de tracción mecánica aptos para circular por la vía pública. Se consideran aptos todos los vehículos que hayan sido matriculados en los registros públicos en tanto no causen baja en los mismos. Es de exacción obligatoria por los municipios y gestión local.

– **Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU)**

Coloquialmente denominado “*plusvalía*”. Es un impuesto directo, real y potestativo, que grava el incremento de valor que experimenten los terrenos urbanos y se pone de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos.

#### **4. IMPUESTOS INDIRECTOS: CONCEPTO, CARACTERES Y CLASES.**

Definidos anteriormente los impuestos indirectos, recordamos que someten a tributación manifestaciones indirectas de capacidad económica, como la circulación o el consumo de bienes o servicios. Como regla general, son proporcionales, es decir, se aplican tipos impositivos constantes. Se caracterizan porque no tienen en cuenta las circunstancias personales de quien los soporta, lo que determina que tengan un patrón de distribución regresivo (a diferencia de los impuestos sobre la renta), que pugna con el criterio de equidad; lo que se pretende evitar o suavizar, discriminando los tipos de gravamen (como los tipos reducidos en el IVA o la existencia de tipos bonificados en el ITP-AJD), especialmente si dicha discriminación se hace atendiendo a las circunstancias personales de los colectivos beneficiados por los tipos bonificados (no como sucede en el IVA, donde se atiende al bien o servicio adquirido para establecer el tipo con independencia de las circunstancias personales del consumidor adquirente).

Son impuestos indirectos:

– **Impuesto sobre el valor añadido (IVA)**

Es un impuesto de naturaleza indirecta y real, que recae sobre el consumo y grava las

entregas de bienes y prestaciones de servicios efectuadas por empresarios y profesionales en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, las adquisiciones intracomunitarias de bienes y las importaciones de bienes.

Es la base de la imposición indirecta. Se trata un impuesto plurifásico en la medida en que grava todas las entregas y servicios producidos en las distintas fases de la cadena de producción o comercialización, pudiendo deducirse el empresario o profesional el IVA soportado en cada fase. El objeto imponible es el consumo familiar, pues el impuesto grava los bienes y servicios que afluyen por uno u otro camino a las unidades familiares, con ese preciso destino final. De ahí que los consumidores finales no pueden deducirse el impuesto, soportándolo efectivamente al efectuar sus consumos.

Es un impuesto armonizado parcialmente en la Unión Europea, de forma que la legislación interior de los Estados miembros debe adaptarse a las normas comunitarias dictadas al efecto. Está regulado por la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, y el Real decreto 1624/1992, de 29 de diciembre, que aprueba su reglamento.

– **Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITP-AJD)**

La regulación vigente se encuentra en el Real decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del ITP-AJD, y en el Real decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el reglamento.

Con independencia de su concepción legal unitaria, el ITP-AJD se descompone, en realidad, en tres impuestos, conceptos o modalidades distintas:

1º. Impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas (ITPO): es un impuesto de naturaleza indirecta y carácter real, que recae sobre las transmisiones onerosas de bienes o derechos, no vinculadas a operaciones empresariales o profesionales. Es decir, grava el tráfico patrimonial de carácter civil.

2º. Impuesto sobre operaciones societarias (IOS): es un impuesto de naturaleza indirecta que recae sobre las transmisiones, transferencias o desplazamientos de capitales derivados de las operaciones a que se refiere su propia denominación legal (constitución de sociedades, ampliación de capital, reducciones de capital, etc.).

3º. Impuesto sobre actos jurídicos documentados (IAJD): es un impuesto indirecto que recae sobre los documentos sometidos a gravamen: *documentos notariales*, como las escrituras públicas; *documentos mercantiles*, como las letras de cambio; o *documentos administrativos*, como las anotaciones preventivas en los registros públicos. La imposición sobre AJD, en su origen, se haya emparentada con las garantías a la propiedad otorgadas por el Estado mediante el establecimiento de registros, especialmente respecto a inmuebles. En este sentido, su justificación debería buscarse más cerca de los criterios del principio del beneficio que del principio de capacidad de pago. Es decir, el impuesto podría verse como un instrumento para financiar el coste del sistema jurídico-administrativo público de garantía de la propiedad.

#### – **Impuestos especiales (IIEE)**

Son impuestos de naturaleza indirecta que recaen sobre consumos específicos y gravan, en fase única (*monofásico*), la fabricación, importación y, en su caso, introducción en el ámbito territorial interno determinados bienes, así como la matriculación de determinados medios de transportes y la puesta a consumo de carbón.

Son compatibles con el IVA (doble imposición querida por el legislador). Es más, el importe de los IIEE forma parte de la base imponible gravada por el IVA. Su existencia y el régimen descrito se justifica en razón a que el consumo de los bienes gravados genera unos costes sociales, no tenidos en cuenta a la hora de fijar sus precios privados, que deben ser sufragados por los consumidores mediante una imposición específica que grave selectivamente estos consumos, cumpliendo, además de su función recaudatoria, una finalidad extrafiscal como instrumento de las políticas sanitarias, energéticas, de transportes, de medio ambiente, etc. Tienen la consideración de impuestos especiales de conformidad con la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, y el Real decreto 1165/1995, de 7 de julio, por el que se aprueba su reglamento:

##### A. Impuestos especiales de fabricación:

##### 1. Los siguientes impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas:

- a) El impuesto sobre la cerveza.
- b) El impuesto sobre el vino y bebidas fermentadas.

- c) El impuesto sobre productos intermedios.
- d) El impuesto sobre el alcohol y bebidas derivadas.
- 2. El impuesto sobre hidrocarburos.
- 3. El impuesto sobre las labores del tabaco. Tienen la consideración de labores del tabaco los cigarros y los cigarrillos, los cigarrillos, la picadura para liar y los demás tabacos para fumar.
- B. El impuesto especial sobre determinados medios de transporte, que grava la primera matriculación definitiva en España de vehículos, embarcaciones y aeronaves.

## **5. BIBLIOGRAFÍA**

- MARTÍN QUERALT J., LOZANO SERRANO C., TEJERIZO LÓPEZ J.M. Y CASADO OTERO G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos. Madrid.
- FUENTES QUINTANA, E.: *Hacienda Pública*. Imprenta Rufino Blanco. Madrid.
- ALBI. E.; GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M. Y ZUBIRI, I.: *Economía Pública II*. Editorial Ariel. Barcelona.
- SEVILLA SEGURA J.: *Política y Técnica Tributaria*. IEF. Madrid.

**CARLOS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ**

DIRECTOR GENERAL DE TRIBUTOS

**REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA



## **TEMA 9**

**LOS TRIBUTOS PROPIOS DE LA COMUNIDAD  
AUTÓNOMA DE GALICIA. LAS TASAS:  
NATURALEZA; NORMAS BÁSICAS DE SU  
RÉGIMEN JURÍDICO; PRINCIPALES  
SUPUESTOS. LOS PRECIOS PÚBLICOS**

## **TEMA 9. LOS TRIBUTOS PROPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA. LAS TASAS: NATURALEZA; NORMAS BÁSICAS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO; PRINCIPALES SUPUESTOS. LOS PRECIOS PÚBLICOS**

### **1. LOS TRIBUTOS PROPIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

Toda referencia a los tributos en el ordenamiento jurídico español parte del modelo de **organización territorial consagrado en el artículo 137 de la Constitución española de 1978 (CE)**, según el cual: *"El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las comunidades autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses"*.

Así, la CE distribuye el poder político, y con él el poder administrativo y el financiero en tres niveles de gobierno: el Estado, las comunidades autónomas (CC.AA.) y las corporaciones locales (CC.LL.).

Las CC.AA. se han constituido en unos entes territoriales con un creciente protagonismo en el sector público, y gozan de autonomía financiera, consustancial a la autonomía política, en virtud del artículo 156.1 de la CE que establece que: *"Las comunidades autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles"*.

Este principio de autonomía financiera es enunciado, a su vez, en el artículo primero de la Ley orgánica 8/1980, de 22 de diciembre, de financiación de las comunidades autónomas (LOFCA), que de acuerdo con lo previsto en el artículo 157.3 de la CE, establece el régimen jurídico general del sistema de financiación de las CC.AA., a excepción del País Vasco y Navarra, que cuentan con los regímenes forales de concierto y convenio económico, respectivamente.

Rasgo distintivo de la autonomía financiera de las CC.AA. de régimen común es el reconocimiento, en los artículos 133.2 de la CE y 6 de la LOFCA, de un poder tributario propio, como poder legislativo de creación de tributos.

Ahora bien, el poder tributario de las CC.AA. es un poder limitado. Sus límites se encuentran particularmente en la Constitución, en los tratados internacionales y en las

demás normas integrantes del llamado bloque de constitucionalidad, en especial por la LOFCA y por las leyes de cesión de tributos del Estado a las comunidades autónomas (en la actualidad, la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía).

Este marco jurídico permite distinguir dos ámbitos de ejercicio del poder tributario de las CC.AA.: por una parte, las competencias normativas delegadas por el Estado en relación con los **tributos estatales cedidos** a las comunidades autónomas (*impuesto sobre la renta de las personas físicas, impuesto sobre el patrimonio, impuesto sobre sucesiones y donaciones, impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, tributos sobre el juego, impuesto especial sobre determinados medios de transporte, impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos*) en los términos previstos en las leyes de cesión (en el caso de Galicia, la Ley 17/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia, en los casos y condiciones previstos en la Ley 22/2009) y, por otra, la potestad de crear **tributos propios**, esto es, sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales, como recursos con los que contarán las CC.AA. para dar cumplida aplicación al principio de autonomía financiera, según señala el artículo 157.1 de la CE.

Además del artículo 157.1 de la CE, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, tanto el Estatuto de autonomía para Galicia, aprobado por la Ley orgánica 1/1981, como el texto refundido de la Ley de régimen financiero y presupuestario de Galicia (TRLRFP), aprobado por Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, reconocen, dentro de los derechos económicos de la Hacienda pública gallega los rendimientos de los impuestos, de las tasas y de las contribuciones especiales que establezca la Comunidad Autónoma (art. 14.1).

Como se ha dicho, esta potestad tributaria reconocida a las CC.AA. está limitada, ya que no solo se deben respetar las previsiones del artículo 31 de la CE, exigibles a todo sistema tributario, ya sea estatal, autonómico o local, sino que además debe cumplirse lo dispuesto en los artículos 157.2 de la CE y 6 y 9 de la LOFCA. Estos límites pueden resumirse del siguiente modo:

A. La reserva de ley establecida en el artículo 31.3 de la CE, según el cual *“Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley”*.

B. Los principios constitucionales de justicia tributaria recogidos en el artículo 31.1 de la CE. De este modo deben respetarse los principios de generalidad, de igualdad, de capacidad económica, de progresividad, de no confiscatoriedad, de seguridad jurídica (la certeza jurídica, la estabilidad normativa, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos).

C. Límites derivados de la naturaleza de ente territorial de las CC.AA.:

C.1 Ausencia de carga fiscal extrajurisdiccional (art. 157.2 de la CE y 9 de la LOFCA).

C.2 La no obstaculización de la libre circulación y establecimiento de personas, bienes y servicios (art. 139.2 y 157.2 de la CE y 9 de la LOFCA).

C.3 La ausencia de privilegios económicos o sociales (art. 138.2 de la CE).

C.4 El respeto a los principios de la armonización fiscal comunitaria.

C.5 La coordinación de las haciendas comunitaria, estatal, autonómica y local (art. 156.1 y 157.3 de la CE, 2 de la LOFCA). En esta materia, cabe destacar:

- El carácter básico de las disposiciones contenidas en la LGT, como bien señala su artículo 1: *“Esta ley establece los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español y será de aplicación a todas las administraciones tributarias en virtud y con el alcance que se deriva del artículo 149.1.1ª, 8ª, 14ª y 18ª de la Constitución”* y reitera la Ley 22/2009 de cesión de tributos: *“La terminología y conceptos de las normas que dicten las comunidades autónomas se adecuarán a la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria”* (artículo 27).

- La creación de órganos colegiados para garantizar la coordinación: el *Consejo de Política Fiscal y Financiera*, creado por la LOFCA, y constituido por el ministro de Economía y Hacienda, el ministro de Administraciones Públicas y el consejero de Hacienda de cada comunidad o ciudad autónoma, encargado de la adecuada coordinación entre la actividad financiera de las CC.AA. y de la Hacienda del Estado. El *Consejo Superior para la Dirección y Coordinación de la Gestión Tributaria*, creado por la Ley de cesión de tributos,

integrado por representantes de la Administración tributaria del Estado y de las CCAA, encargado de coordinar la gestión de los tributos cedidos. Y en cada CC.AA., los *Consejos territoriales para la dirección y coordinación de la gestión tributaria*, creados por la Ley de cesión de tributos, como órganos colegiados integrados por representantes de la Administración tributaria del Estado y de la CC.AA. de que se trate, a los que corresponde coordinar la gestión de los tributos cedidos en su respectivo ámbito territorial.

C.6 La solidaridad de las Hacienda autonómicas entre sí y con las haciendas comunitaria, estatal y locales (art. 2 y 138 de la CE).

D. Límites derivados de los principios constitucionales de distribución de competencias:

D.1 La prohibición de identidad esencial entre tributo estatal e impuesto autonómico (art. 6.2 de la LOFCA).

D.2 La prohibición de identidad esencial entre tributo local e impuesto autonómico (art. 6.3 de la LOFCA).

Para CALVO ORTEGA, los tributos propios de las CC.AA. de régimen común, además de los límites establecidos en el artículo 31.3 de la CE, deben cumplir con tres principios: territorialidad, no interferencia y separación.

El **principio de separación** hace referencia a los apartados 2 y 3 del artículo 6 de la LOFCA, al establecer que “*Los tributos que establezcan las comunidades autónomas no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por el Estado*” y que “*Los tributos que establezcan las comunidades autónomas no podrán recaer sobre hechos imponible gravados por los tributos locales*”. Este principio responde a la prohibición de doble imposición en materia tributaria, entendido como concurrencia de diversas figuras tributarias sobre una misma riqueza gravable y cuya titularidad pueda corresponder a distintos entes públicos, lo cual solo es predicable respecto a impuestos de carácter fiscal, pero no cuando concurre sobre una misma riqueza gravada o materia imponible un impuesto con pretensión recaudatoria (fiscal) y otro legitimado exclusivamente por razones extrafiscales o de ordenación (por ejemplo, los medioambientales).

Ahora bien, para que resulte aceptable la concurrencia de dos figuras impositivas, debe quedar claro que se trata de un verdadero impuesto extrafiscal y no de un impuesto con

finalidad recaudatoria camuflado de tributo de ordenación, ya que en los impuestos extrafiscales *“la intentio legis del tributo no es crear una nueva fuente de ingresos públicos con fines estrictamente fiscales o redistributivos”* (STC 37/1987).

Al **principio de territorialidad** se refiere el artículo 9.a) de la LOFCA al señalar que *“No podrán sujetarse elementos patrimoniales situados, rendimientos originados ni gastos realizados fuera del territorio de la respectiva comunidad autónoma”*.

A lo que habría que añadir el apartado b) del mismo artículo, donde se prohíbe que se graven, como tales *“negocios, actos o hechos celebrados o realizados fuera del territorio de la comunidad impositora, ni la transmisión o ejercicio de bienes, derechos y obligaciones que no hayan nacido ni hubieran de cumplirse en dicho territorio o cuyo adquirente no resida en el mismo”*.

Por último, el **principio de no interferencia económica** está recogido en el artículo 9.c) de la LOFCA, según el cual los impuestos creados por las CC.AA. *“no podrán suponer obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías y servicios capitales ni afectar de manera efectiva a la fijación de residencia de las personas o a la ubicación de empresas y capitales dentro del territorio español, ni comportar cargas trasladables a otras comunidades”*.

Vistas las limitaciones anteriores, y considerando especialmente la extensión de los impuestos estatales sobre la renta, el patrimonio y el consumo, parece difícil la determinación de hechos imponibles nuevos por parte de las CC.AA., es decir, distintos de los establecidos por las leyes del Estado.

La conclusión a la que se puede llegar es que el ejercicio de la potestad para crear tributos de las CC.AA. no puede dar lugar a la creación de un “sistema” tributario autonómico, sino más bien a un conjunto de figuras inconexas y de la más diversa naturaleza.

Sobre esta premisa, queda claro que la garantía de la justicia tributaria y del logro de la progresividad, junto con las exigencias de redistribución, corresponde desarrollarlas al sistema tributario estatal, sin que ello signifique que los tributos propios de las CC.AA. puedan vulnerar las exigencias de la capacidad económica.

La Comunidad Autónoma de Galicia ha creado como **impuestos propios**, aplicables al

ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, los siguientes:

- El **impuesto sobre el juego del bingo**, creado por la Ley 7/1991, de 19 de junio, de tributación sobre el juego. Este tributo fue derogado por la Ley 11/2013, de presupuestos de Galicia de 2014 con entrada en vigor de la derogación el 1 de enero de 2014.
- El **impuesto sobre la contaminación atmosférica (ICA)** fue establecido por la Ley 12/1995, de 29 de diciembre, y su reglamento fue aprobado por el Decreto 29/2000, de 20 de enero. Al objeto de contribuir a regular la utilización de los recursos naturales de Galicia, y de forma específica la emisión de sustancias contaminantes, este impuesto recae sobre las emisiones de determinadas sustancias contaminantes a la atmósfera cuyos focos se hallen ubicados dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En concreto, grava la emisión de dióxido de azufre o cualquier otro compuesto oxigenado del azufre y de dióxido de nitrógeno o cualquier otro compuesto oxigenado del nitrógeno.
- El **impuesto sobre el daño medioambiental causado por determinados usos y aprovechamientos del agua embalsada (IDMAE)** fue establecido por la Ley 15/2008, de 19 de diciembre, con la finalidad de, por una parte, compensar los efectos negativos a que se encuentra sometido el entorno natural de Galicia por la realización de actividades que afectan a su patrimonio fluvial natural y, por otra, reparar el daño medioambiental causado por dichas actividades.

Como consecuencia de ello, la recaudación de este tributo, deducidos los costes de gestión, se destinará a financiar las actuaciones y medidas encaminadas a la prevención y protección de los recursos naturales, así como a la conservación, reparación y restauración del medio ambiente y, en especial, a la conservación del patrimonio natural fluvial gallego directa o indirectamente afectado por los daños medioambientales gravados.

Este impuesto, de naturaleza real y finalidad extrafiscal, grava el daño medioambiental provocado por la realización de actividades industriales mediante el uso o aprovechamiento del agua embalsada, cuando este altere o modifique sustancialmente los valores naturales de los ríos y, en especial, el caudal y la velocidad del agua en su canal natural.

- El **canon eólico** fue creado por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula

el aprovechamiento eólico en Galicia y se crean el canon eólico y el Fondo de Compensación Ambiental, a través del cual se gestionan los ingresos obtenidos por el canon. A pesar de su denominación y sin que pueda apreciarse incorrección en su norma de creación al atribuirle el carácter de ingreso compensatorio y prestación patrimonial de derecho público de naturaleza extrafiscal y real, lo cierto es que el canon eólico responde a la naturaleza de los impuestos de carácter indirecto. Constituye su hecho imponible la generación de afecciones e impactos visuales y ambientales adversos sobre el medio natural y sobre el territorio, como consecuencia de la instalación en parques eólicos de aerogeneradores afectos a la producción de energía eléctrica y situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Los ingresos derivados del canon, deducidos los costes de gestión, se destinarán a conservación, reposición y restauración del medio ambiente, así como a actuaciones de compensación y reequilibrio ambiental y territorial de las que serán principales beneficiarios los municipios afectados por la implantación de parques eólicos y por las instalaciones de evacuación de los mismos.

- El **canon de saneamiento**, creado por la Ley 8/1993, de 23 de junio, de Administración hidráulica de Galicia, con carácter de ingreso de derecho público, aplicable en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Galicia, cuyo rendimiento se debe destinar íntegramente a la financiación de gastos de inversión y de explotación de infraestructuras de evacuación “en alta” y de tratamiento de aguas residuales.

El órgano encargado de su gestión y aplicación fue el organismo autónomo Augas de Galicia.

El canon de saneamiento se rige por la citada Ley 8/1993 y por el Reglamento de desarrollo legislativo del capítulo IV de la Ley 8/1993, aprobado por el Decreto 8/1999, de 21 de enero.

En la actualidad, la Ley 9/2010, de 4 de noviembre, de aguas de Galicia, crea el **canon del agua**, derogando la Ley 8/1993; su disposición transitoria declara su continuidad mientras no se dicten las normas de desarrollo del citado canon del agua. Estas normas de desarrollo fueron aprobadas y publicadas en el DOG. En concreto, el Decreto 136/2012, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del canon del agua y del coeficiente de



vertido a sistemas públicos de depuración de aguas residuales, que entró en vigor el 1 de julio de 2012, haciéndose efectiva desde esa fecha la derogación del canon de saneamiento.

El canon del agua es un tributo propio de la Comunidad Autónoma de Galicia con naturaleza de impuesto de carácter real e indirecto y de finalidad extrafiscal que grava el uso y consumo del agua en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, a causa de la afección al medio que su utilización pudiera producir.

Como ya se ha dicho, además de impuestos, las comunidades autónomas pueden establecer sus propias tasas y contribuciones especiales.

De acuerdo con la LGT (artículo 2.2), las **contribuciones especiales** *“son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos”*.

Aunque, en principio, las contribuciones especiales pueden formar parte de los tributos estatales o autonómicos (el artículo 8 de la LOFCA admite la posibilidad de su establecimiento por las CC.AA. en supuestos iguales a los formulados por la LGT), de hecho, en nuestro actual sistema sólo tienen una aplicación efectiva significativa en la esfera de las haciendas locales.

En el ámbito autonómico, han previsto contribuciones especiales para costear la construcción o mejoras de las carreteras que discurran en el territorio algunas CC.AA. como Canarias, Cataluña, Extremadura o Galicia.

De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 8/2013, de 28 de junio, de carreteras de Galicia, *podrán imponerse contribuciones especiales cuando de la ejecución de las obras que se realicen para la construcción de carreteras, vías de servicio o accesos resulte la obtención por personas físicas y jurídicas de un beneficio especial, aunque éste no pueda fijarse en una cantidad concreta. El aumento del valor de determinadas fincas a causa de la ejecución de las obras tendrá a estos efectos la consideración de beneficio especial*.

*Serán sujetos pasivos de estas contribuciones especiales aquellos que se benefician de modo directo con las carreteras o accesos que se ejecuten y, especialmente, las personas*

*titulares de las fincas y establecimientos contiguos y las de las urbanizaciones que resulten mejoradas en su comunicación.*

*Las contribuciones especiales se devengarán en el momento de la recepción de las obras o, en su defecto, en el de su puesta en servicio.*

## **2. LAS TASAS: NATURALEZA; NORMAS BÁSICAS DE SU RÉGIMEN JURÍDICO; PRINCIPALES SUPUESTOS**

### **2.1 Naturaleza**

En el derecho español, tradicionalmente, el impuesto, junto con la tasa y contribución especial, constituye una de las tres grandes especies en que se ha dividido la categoría de tributo. Ésta es la clasificación acogida por la propia Constitución (CE), en su artículo 157.1.b, y por la Ley general tributaria (LGT), en su artículo 2.2, cualquiera que sea la denominación que se le dé al tributo en su norma de creación.

Según el artículo 2.2 de la LGT las **tasas** “*son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o en el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado*”.

Básicamente, la tasa se diferencia del impuesto en que hay siempre una actividad administrativa, y de la contribución especial, por el hecho de que, existiendo en ambos casos una actividad administrativa, en la contribución especial dicha actividad está básicamente encaminada a la satisfacción de un interés general –sin perjuicio de que, al mismo tiempo, produzca beneficio especial a determinadas personas, obligadas a satisfacerla-, mientras que en la tasa la actividad administrativa está sustancialmente motivada por el particular –a iniciativa suya- y persigue la solución de problemas individuales, aun cuando no pueda olvidar tampoco el interés general.

El régimen legal de las tasas, en cualquiera de sus ámbitos, estatal, autonómico y local, es siempre objeto de análisis conjunto con el de los precios públicos, puesto que estamos ante dos materias que se complementan entre sí. En ambos casos se parte de un mismo

supuesto de hecho: un ente público entrega directamente a un individuo ciertos bienes o presta ciertos servicios por los que obtiene a cambio un ingreso. En ambos casos estaremos ante ingresos públicos, pero mientras que en el precio la relación que se establece es contractual y voluntaria para quien lo paga, en la tasa aparece la nota de coactividad propia de todo tributo y, consecuentemente, las exigencias propias del principio constitucional de legalidad para su creación y aplicación.

Las modificaciones llevadas a cabo en el régimen de tasas y precios públicos fueron, precisamente, motivadas por el cambio en el concepto de voluntariedad o coacción. Efectivamente, la distinción entre las figuras de las tasas y de los precios públicos no ha estado exenta de controversia, destacando la que surge en torno al concepto que de ambas recogía la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, revisado por el Tribunal Constitucional (TC) en su Sentencia 185/1995, donde examina el principio de reserva de ley en materia tributaria establecido en el artículo 31.3 de la CE, en virtud del cual sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la Ley.

Para ello, en primer lugar, trata de definir lo que debe entenderse por prestación patrimonial de carácter público, expresión más amplia y genérica que la de tributos, con la que no debemos confundir. Así, el concepto de prestación patrimonial de carácter público deberá construirse sobre la base de lo que viene a significar la reserva de ley del 31.3 de la CE. La reserva de ley se configura históricamente como una garantía de la autoimposición y, en último término, como una garantía de la libertad patrimonial y personal del ciudadano (ley como expresión de la voluntad popular). Sostiene el TC que es la coactividad la nota distintiva fundamental del concepto de prestación patrimonial de carácter público, centrando el problema en precisar cuándo se puede considerar que una prestación patrimonial resulta coactivamente impuesta, concluyendo que no sucederá siempre que:

- a) El supuesto de hecho que da lugar a la obligación (hecho imponible) haya sido realizado de forma **libre y espontánea** por el sujeto obligado y que en el origen de la constitución de la obligación haya concurrido también su libre voluntad.
- b) Que dicha libertad o espontaneidad sea **real y efectiva**, y esto será así no sólo cuando

la realización del supuesto de hecho o la constitución de la obligación no sea obligatoria, sino que, además, es exigible que el bien, actividad o servicio requerido no sea objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar.

c) Que no exista **monopolio** de derecho ni de hecho.

Cuando falle alguna de estas tres condiciones, estaremos ante una prestación patrimonial de carácter público que deberá ser establecida, por tanto, mediante ley.

El pronunciamiento del TC obligó a reordenar las prestaciones patrimoniales de derecho público, adaptando la legislación estatal, tanto la específica como la aplicable a haciendas locales y a las CC.AA., introduciendo un concepto de tasa y de precio público acorde con la STC 185/1995.

Así, la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, vino a modificar la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales, y la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos. Está última contiene la normativa básica en materia de tasas estatales y tiene carácter supletorio de la legislación sobre precios públicos que establezcan las CC.AA. y haciendas locales.

Por su parte, la Ley orgánica 3/1996, modifica el artículo 7 de la LOFCA, donde se concretan los límites para el establecimiento de tasas por las CC.AA. definiendo las mismas. Así, las CC.AA. podrán establecer tasas por la utilización de su dominio público, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades en régimen de derecho público de su competencia, que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos cuando concurra **cualquiera** de las circunstancias siguientes:

a.- Que no sean de solicitud voluntaria para los administrados. A estos efectos, no se considerará voluntaria la solicitud por parte de los administrados cuando venga impuesta por disposiciones legales o reglamentarias o cuando los bienes, servicios o actividades requeridos sean imprescindibles para la vida privada o social del solicitante.

b.- Que no se presten o realicen por el sector privado, esté o no establecida su reserva a favor del sector público conforme a la normativa vigente.

Además, en el mismo artículo se señala que cuando el Estado o las CC.LL. transfieran a las CC.AA. bienes de dominio público para cuya utilización estuvieran establecidas tasas o competencias en cuya ejecución o desarrollo presten servicios o realicen actividades igualmente gravadas con tasas, aquéllas y éstas se considerarán como tributos propios de las respectivas Comunidades.

Esta modificación de la LOFCA obliga, a su vez, a todas las CC.AA. a adaptar su normativa específica de tasas y precios públicos, de acuerdo con el artículo 133.2 de la CE.

En el ámbito de la **Comunidad Autónoma de Galicia**, la regulación relativa a tasas y precios está recogida en la Ley 6/2003, de 9 de diciembre, de tasas, precios y exacciones reguladoras de la Comunidad Autónoma de Galicia (LTPPG), desarrollada por el Decreto 61/2005, de 7 de abril, por el que se dictan las normas para la aplicación de las tasas y precios de la Comunidad Autónoma de Galicia. Asimismo, serán de aplicación el TRLRFP y, con carácter supletorio, la LGT y sus disposiciones de desarrollo.

La LTPPG regula los aspectos financieros de la actividad de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de Galicia en cuanto dicha actividad pretenda determinar o influir en el consumo o consista en la entrega de ciertos bienes o la prestación de ciertos servicios, en ambos casos individualizables. Esto es, cuando exista una demanda definida de éste, tanto si la misma es de carácter voluntario como si tiene su origen en una obligación legal.

A estos efectos, la ley contempla dos tipos de instrumentos:

- a) Los **instrumentos financieros**, que son las contraprestaciones percibidas a consecuencia del suministro o utilización de bienes o de la prestación de servicios demandados por los sujetos pasivos u obligados al pago, cuya finalidad es financiar el coste de dichos servicios. Son instrumentos de tipo financiero las **tasas, los precios públicos y los precios privados**.
- b) Los **instrumentos reguladores**, que son los medios utilizables para alterar las contraprestaciones exigidas por aquellos bienes o servicios ofrecidos por los sujetos

activos. Son instrumentos reguladores las **exacciones o**, en su caso, las **subvenciones** utilizadas al objeto de influir sobre el consumo de determinados bienes o servicios. La aplicación de una exacción reguladora determinará una tarifa para el consumidor o usuario superior al importe normalmente percibido por la institución o entidad oferente del bien o servicio de que se trate. Al contrario, la utilización de una subvención reguladora permitirá aplicar a los consumidores precios o tarifas inferiores al coste de producción de los bienes o servicios.

De la LTPPG se pueden destacar los siguientes principios generales:

1º OBLIGATORIEDAD DE ESTABLECIMIENTO: de acuerdo con el artículo 4.3 de la LTPPG, es obligatorio establecer los instrumentos financieros correspondientes cuando se entreguen bienes, se presten servicios o se realicen actividades conforme a las normas de dicha ley.

2º PRINCIPIO DE NO AFECTACIÓN: los ingresos derivados de los instrumentos relacionados estarán destinados a satisfacer el conjunto de sus obligaciones respectivas. Excepcionalmente se podrá establecer su afectación a fines determinados por medio de ley (art. 4.1).

3º PRINCIPIO DE UNIDAD: El rendimiento proveniente de los mismos deberá aplicarse íntegramente al presupuesto de ingresos que corresponda; su ingreso deberá realizarse en las cajas del Tesoro de la Hacienda gallega o en las cuentas autorizadas por la consellería competente en materia de hacienda (art. 4.2).

4º OBLIGATORIEDAD DE MEMORIA ECONÓMICA Y INFORME FAVORABLE DE LA CONSELLERÍA COMPETENTE EN MATERIA DE HACIENDA.

Se trata de un requisito necesario en el expediente, so pena de nulidad del instrumento financiero creado. Todo proyecto de creación de una entidad o incluso de oferta de un nuevo bien o servicio, independientemente de otros requisitos, deberá ir acompañado de una memoria económica elaborada por la consellería correspondiente en la que deberá valorarse la conveniencia del proyecto y proponerse los instrumentos financieros que sean de aplicación, conteniendo información suficiente respecto al coste de prestación de los bienes o servicios y la política de ingresos propuesta. Esta memoria deberá ser informada

por la consellería competente en materia de hacienda. En concreto, constituye un requisito legal el informe favorable de esta consellería cuando se trata de precios públicos o privados, al establecerse por medio de decreto u orden, respectivamente. En el supuesto de las tasas, al regir el principio de reserva de ley, la iniciativa legislativa le corresponde la consellería competente en materia de hacienda.

5º PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD: las autoridades, funcionarios públicos, agentes o asimilados que, de forma voluntaria y culpable, exijan indebidamente una tasa o precio o lo hagan en cuantía superior a la establecida incurrirán en falta disciplinaria muy grave, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que pudiesen derivarse de su actuación. Cuando adopten en la misma forma resoluciones o realicen actos que infrinjan la presente ley o sus normas reglamentarias de desarrollo, estarán obligados, además, a indemnizar a la Hacienda pública por los perjuicios causados (art. 5).

## **2.2 Normas básicas de su régimen jurídico**

La sección 1ª del capítulo I del título II de la LTPPG recoge el concepto y las **disposiciones generales** aplicables a los diferentes tipos de **tasas**.

El artículo 7 de la LTPPG define las **tasas** de la Comunidad Autónoma de Galicia como los tributos creados por ley o transferidos por sus corporaciones locales o el Estado en el marco de la transferencia de servicios y competencias a ésta, cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia o en la entrega de bienes, prestación de servicios o realización de actividades en régimen de derecho público, que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al sujeto pasivo, siempre y cuando se produzca cualquiera de las circunstancias recogidas en el artículo 7 de la LOFCA antes señalado, puesto que se reproduce su contenido.

El establecimiento de **tasas** y la regulación de sus elementos esenciales deben hacerse mediante norma con rango de ley del Parlamento de Galicia (**principio de reserva de ley** –art. 9-). Son elementos esenciales de las tasas: el hecho imponible, el sujeto pasivo, la base imponible, la cuota tributaria y el devengo. Asimismo, la ley regulará el establecimiento, supresión y prórroga de exenciones y bonificaciones.



El principio de reserva de ley contenido en la LTPPG contempla la denominada “reserva relativa”, es decir, que admite la colaboración del reglamento en el establecimiento de tarifas bajo determinadas condiciones al señalar que: *“la cuota tributaria podrá ser fijada reglamentariamente cuando así esté contemplado en norma de rango legal y siempre dentro de los límites dispuestos por la misma”* (ejemplo: tasa de utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público).

A diferencia de las tasas, el **instrumento jurídico** necesario para los restantes instrumentos financieros es el siguiente: los **precios públicos** se establecen mediante decreto de la Xunta de Galicia a propuesta de la consellería de la que dependa el servicio gestor (art. 47) y los **precios privados** se fijan mediante orden de la consellería de la que dependa el órgano gestor (art. 51).

Además de este principio de legalidad o reserva de ley, la norma gallega establece el **principio de equivalencia** y el de capacidad económica. De acuerdo con el primero (art. 11), el rendimiento total previsible de la **tasa** no podrá exceder, en su conjunto, del coste total de producción del bien, servicio o actividad prestado. Según el **principio de capacidad económica** (art. 10), en cuanto las características de la **tasa** lo permitan, se tendrá en cuenta, para la fijación de la cuota tributaria de las tasas, la capacidad económica del sujeto pasivo, en especial cuando se establezcan consumos o impongan actividades susceptibles de afectar a todos los ciudadanos.

Reflejo de los principios anteriores es la regulación relativa a la **cuota tributaria de las tasas** (art. 15). La cuota puede consistir en una cantidad fija señalada al efecto, determinarse por aplicación de un tipo de gravamen sobre una base imponible o establecerse por aplicación de ambos métodos conjuntamente. Ahora bien, cualquiera que sea el método escogido, las cuotas de las tasas atenderán al coste medio real o previsto para la entrega del bien, prestación del servicio o realización de la actividad de que se trate, o, en su defecto, al valor de la prestación recibida, excepto en la tasa por utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma, la cual se fijará tomando como referencia el valor de mercado correspondiente o el de la utilidad derivada de la misma (**principio del beneficio**). En otro caso, deberá señalarse la correspondiente subvención reguladora, mediante norma con rango de ley, e



informarse de forma global en la ley de presupuestos de cada año, respecto de las compensaciones o subvenciones que pudiesen llevar pareja la venta de bienes, realización de actividades o prestación de servicios (art. 55).

De este modo, para la determinación de las cuotas tributarias de las tasas por servicios administrativos, profesionales o venta de bienes, se tomarán los costes directos e indirectos, inclusive los de carácter financiero, amortización del inmovilizado, costes de inversión y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento, expansión y desarrollo razonable del bien, servicio o actividad gravada por la tasa, más una normal rentabilidad de los recursos invertidos.

Cuando la utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia conlleven una destrucción o deterioro del mismo no previstos, el beneficiario, sin perjuicio del pago de la cuota tributaria correspondiente, estará obligado al reintegro del coste total de los respectivos gastos de reconstrucción o reparación. Si los daños resultaran irreparables, la indemnización consistirá en una cuantía igual al valor de los bienes destruidos o al importe del deterioro de los dañados.

Las cuotas tributarias se revisarán como mínimo cada cinco años, en base a los registros de gastos e ingresos y a la correspondiente memoria económico-financiera sobre el coste y actividad realizada. No obstante, la ley de presupuestos de cada año podrá modificar o actualizar las tarifas correspondientes a las tasas vigentes, en función de las variaciones del coste económico motivadas por la fluctuación de los índices de los precios al consumo e incrementos de las retribuciones del personal, y prever la aplicación de una tasa ya establecida a supuestos concretos de venta de bienes, realización de actividades o prestación de servicios.

La LTPPG recoge expresamente (art. 12) como supuesto de **no sujeción** a las tasas el principio de confusión entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la tasa, es decir, cuando el sujeto pasivo es la propia Administración pública gallega, no se devenga la tasa. Por su parte, por la vía de la **exención**, la LTPPG da cumplimiento al principio de colaboración entre distintas administraciones públicas, apreciado por la jurisprudencia y en virtud del cual no sería exigible la tasa, aunque sólo en el caso de la tasa por servicios administrativos, por servicios profesionales y por utilización privativa, ocupación o

aprovechamiento especial del dominio público.

Respecto al **devengo**, además de las normas que lo regulan para cada tipo de tasa, existen una disposición de carácter general (art. 14), que prevé la posibilidad de exigir su depósito previo, la posibilidad de notificación colectiva mediante anuncios en el *Diario Oficial de Galicia* de las liquidaciones de tasas que se devenguen periódicamente, una vez notificada la liquidación correspondiente al alta en el respectivo registro, padrón o matrícula, y la prohibición de realizar la actuación o tramitar el expediente iniciado con la solicitud del interesado sin que se efectúe el pago de la tasa correspondiente. Es más, los sujetos activos denegarán la utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia, la entrega del bien, prestación del servicio o realización de la actividad cuando el sujeto pasivo incumpla el pago.

Con carácter general, son **sujetos pasivos** de las tasas, a título de contribuyentes, las personas físicas o jurídicas que soliciten, provoquen o se le preste cualquiera de las actuaciones, servicios o bienes que constituyen el hecho imponible. Asimismo, tendrán la consideración de sujetos pasivos las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, careciendo de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de tributación.

Finalmente, en cuanto a las **reclamaciones y recursos**, el artículo 19 establece que:

- 1. Los actos de gestión de las tasas de la Comunidad Autónoma serán recurribles en reposición con carácter potestativo ante el órgano que dictó el acto.*
- 2. Contra la resolución del recurso de reposición o contra los actos de gestión, si no se interpuso aquél, podrá recurrirse ante la Junta Superior de Hacienda, cuyas resoluciones agotan la vía económico-administrativa.*

## **2.3 Principales supuestos**

La ley gallega establece las tasas siguientes (art. 13):

### **a) La tasa por servicios administrativos (art. 21 a 25)**

Constituye su **hecho imponible** la prestación de cualquier servicio administrativo que se refiera, afecte o beneficie de un modo particular a los sujetos pasivos, en cada una de las modalidades siguientes:

a.1) Modalidad de autorizaciones: por la concesión de autorizaciones, permisos, licencias, guías, expedición de títulos, diligenciado de libros y, en general, documentos que faculden al sujeto pasivo para realizar una actividad sometida legalmente a dicha condición previa.

a.2) Modalidad de registro: por la inscripción en registros, matrículas o relaciones mantenidas por la administración en tanto resulte obligado para el desarrollo de una actividad o ejercicio de un derecho por parte del sujeto pasivo.

a.3) Modalidad de certificaciones: por la verificación de documentos, expedición de certificaciones, copia de archivos y elaboración de documentos acreditativos de información que obre en archivos o registros públicos.

No se exigirá (no sujeción) esta tasa en caso de compulsas o cotejos de documentos que hayan de acompañarse a solicitudes, escritos o comunicaciones presentados por el ciudadano y realizados en el ámbito de actuación de los registros según lo dispuesto en el artículo 38.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Asimismo, el artículo 23 de la LTPPG establece una serie de **exenciones**, como la expedición de certificados relativos a la situación fiscal, y una **bonificación** del 50% en la inscripción en las convocatorias para la selección de personal de la Comunidad Autónoma, solicitada por personas que sean miembros de familias numerosas de categoría general o por personas que figuren como demandantes de empleo desde, por lo menos, seis meses antes a la fecha de la convocatoria de pruebas selectivas de personal en las que soliciten su participación y no estén percibiendo prestación o subsidio por desempleo.

La tasa se **devengará** en el momento en que se presente la solicitud para la prestación de dichos servicios administrativos.

Entre las tasas por servicios administrativos podemos destacar, por su importancia recaudatoria, las exigidas por la inscripción en las convocatorias para la selección de personal de la Comunidad Autónoma (inscripción en oposiciones y en listas para la cobertura con carácter temporal de puestos de trabajo), por la expedición de títulos académicos o por licencias de caza y pesca.

### **b) La tasa por servicios profesionales (art. 26 a 32)**

La diferenciación entre servicios administrativos y profesionales se asienta en la necesidad de intervención de profesionales (veterinarios, arquitectos, ingenieros agrónomos, de minas, forestales, etc.) al servicio de la Administración en el segundo tipo de servicios.

Constituye su **hecho imponible** la prestación de los servicios que se refieran, afecten o beneficien de un modo particular a los sujetos pasivos, previa solicitud de éstos, en cada una de las siguientes modalidades:

b.1) Modalidad de actuaciones administrativo-facultativas: servicios administrativos, análogos a los sometidos a la tasa por servicios administrativos, cuando la prestación de los mismos requiera que se lleve a cabo bajo la dirección de un profesional facultativo.

b.2) Modalidad de actuaciones profesionales: servicios de asesoramiento, consulta, dirección técnica de obras, emisión de informes, análisis, dictámenes u opiniones profesionales y, en general, actividades que exigen la cualificación que tiene el profesional que las presta.

La tasa se **devengará**, como regla general, cuando se inicie la prestación del servicio.

Entre las tasas por **servicios profesionales** podemos destacar, por su importancia recaudatoria, en la modalidad administrativo-facultativas, las exigidas por inspecciones y controles sanitarios oficiales y control e investigación de residuos de carnes frescas y carnes de conejo y caza, por transporte o por servicios facultativos veterinarios, y en la modalidad de actuaciones profesionales, las exigidas por la dirección e inspección de obras realizadas, por anuncios en el *Diario Oficial de Galicia*, por tarifas portuarias, por actuaciones de industria y energía o por actuaciones de vehículos.

### **c) La tasa por venta de bienes (art. 33 a 37)**

Constituye su **hecho imponible** la entrega de los bienes solicitados. En caso de que el suministro del bien consista en entregas parciales, el hecho imponible se entenderá realizado en cada una de ellas.

La tasa se **devengará** en el momento de la entrega del bien. En caso de que la entrega del bien se realice de manera periódica a consecuencia de la realización de una suscripción por el sujeto pasivo, la tasa se devengará en el momento en que se realice dicha

suscripción.

Entre las tasas por venta de bienes podemos destacar las exigidas por venta o suscripción del *Diario Oficial de Galicia* y venta de libros oficiales de llevanza obligatoria.

#### **d) La tasa por utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia**

Constituye su **hecho imponible** la utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público de la Comunidad Autónoma de Galicia en virtud de permisos de ocupación temporal, concesiones administrativas o cualesquiera otras autorizaciones.

El artículo 39 de la LTPPG establece una presunción *iuris tantum*, en virtud de la cual, y salvo prueba en contrario, el hecho imponible es realizado por la persona o entidad que figure como titular del correspondiente título habilitante de la utilización privativa, de la ocupación o del aprovechamiento especial del dominio público. De destruirse esta presunción, el titular del título habilitante no tendrá la consideración de sujeto pasivo sino de responsable solidario.

Con carácter general, la tasa se **devenga** en el momento de la notificación del otorgamiento del permiso de ocupación temporal, de la concesión administrativa o de cualquier otra autorización, respecto al año en curso y el 1 de enero en los sucesivos.

Entre las tasas por servicios de utilización privativa, ocupación o aprovechamiento especial del dominio público podemos destacar, por su importancia recaudatoria, las exigidas por la ocupación de terrenos o utilización de bienes de dominio público portuario.

Por último hay que resaltar que la LTPPG (art. 13) prevé la posible **conurrencia de tasas o entre éstas y precios públicos o privados**, estableciéndose expresamente la inexistencia de duplicidad impositiva o doble imposición, de modo que, cuando las actuaciones solicitadas o que se realicen acerca de un mismo sujeto pasivo conlleven el devengo de diferentes tasas, deberán aplicarse todas las tasas y modalidades que correspondan. De igual forma, la aplicación de una tasa que autorice o permita una actividad al sujeto pasivo se exigirá sin perjuicio de la exigencia del precio público o privado que, en su caso, pudiera implicar el ejercicio efectivo de la actividad autorizada.

### **e) Especial referencia al coeficiente de vertido de la Ley de aguas de Galicia**

Esta tasa, por su estrecha relación con el canon de agua, ha sido creada por la Ley de aguas de Galicia, siendo la única tasa de la CAG que actualmente no figura en la Ley 6/2003, si bien su régimen jurídico establece que le es de aplicación la Ley 6/2003 y su normativa de desarrollo.

El producto del coeficiente de vertido será destinado a la financiación de los gastos de explotación y, en su caso, de inversión de las infraestructuras de depuración que gestione la Administración hidráulica de Galicia.

De acuerdo con el artículo 41.2 de la ley, el coeficiente de vertido es incompatible con los tributos municipales destinados a sufragar el servicio de depuración de aguas residuales, y es compatible con aquellos destinados a sufragar el servicio de alcantarillado.

Constituye su hecho imponible la prestación del servicio de depuración de las aguas residuales urbanas efectuado por la Administración hidráulica de Galicia, por sí o mediante cualquiera de las formas previstas en la legislación administrativa para la gestión del servicio público.

El coeficiente de vertido creado en el presente capítulo será también percibido por aquellos consorcios en que participe la Administración hidráulica de Galicia cuando gestionen depuradoras de aguas residuales urbanas, salvo que el órgano rector del consorcio establezca una tasa propia destinada a sufragar los costes de depuración.

### **3. LOS PRECIOS PÚBLICOS**

La LTPPG establece una distinción entre precios públicos y privados. Su artículo 43 define los **precios públicos** como contraprestaciones pecuniarias percibidas por la prestación de servicios o realización de actividades efectuadas en régimen de derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados; a estos efectos, se entiende que los servicios sociales, sanitarios y educativos se prestan en régimen de derecho público.

A diferencia de las tasas, en los precios públicos no rigen los **principios de reserva de ley y de capacidad económica** previsto en la CE para los tributos, sino que en el caso de precios públicos –que no son tributos– serán fijados por decreto, a propuesta de la

consellería de la que dependa el órgano o entidad oferente, que incluirá la memoria económica descrita más arriba, requiriéndose informe favorable de la consellería competente en materia de hacienda.

Los precios públicos se fijarán en la **cuantía** que cubra como mínimo los costes económicos derivados del servicio o de las actividades prestadas. Cuando existan razones de interés público que lo justifiquen, podrán fijarse en cuantía inferior al coste (*subvención reguladora*), previa adopción de las previsiones presupuestarias precisas para la cobertura de la parte del coste subvencionado. Los ingresos derivados de precios públicos estarán sometidos al régimen presupuestario de la entidad perceptora.

Estarán **obligados al pago** de los precios públicos quien, en cada caso, determine la norma que los establezca.

Los precios públicos podrán exigirse desde que se efectúe la entrega de los bienes o se inicie la prestación de los servicios que justifican su exigencia, sin perjuicio de que pueda exigirse la anticipación o depósito previo de su importe total o parcial en la forma que se determine reglamentariamente.

El **pago** de los precios públicos se realizará en efectivo o mediante empleo de efectos timbrados u otros instrumentos de pago que autorice la consellería competente en materia de hacienda.

Por último, el artículo 50 de la ley gallega define los **precios privados** como contraprestaciones por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de derecho privado cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados.

Los precios privados serán fijados por orden de la consellería correspondiente, previo informe favorable de la consellería competente en materia de hacienda, atendiendo a las condiciones y circunstancias del mercado en que operen, sin perjuicio de que excepcionalmente puedan aplicarse subvenciones reguladoras para establecer un precio inferior o incluso la gratuidad del servicio. A estos efectos, la consellería correspondiente remitirá a la competente en materia de hacienda el proyecto normativo adjunto a la memoria económica en que se justifiquen los aspectos anteriores. La norma que fije estos

precios habrá de ser publicada en el *Diario Oficial de Galicia*.

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

- LAGO MONTERO, J.M., *El poder tributario de las Comunidades Autónomas*, Aranzadi. Pamplona.
- MARTÍN QUERALT J., LOZANO SERRANO C., TEJERIZO LÓPEZ J.M. Y CASADO OTERO G.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Tecnos. Madrid.
- FERREIRO LAPATZA, J.J., MARTÍN FERNÁNDEZ, J., RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *Curso de derecho tributario*. Parte especial. Marcial Pons. Madrid.

**CARLOS RODRÍGUEZ SÁNCHEZ**

**REVISADO POR NATALIA SOLAR JIMENO**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA



## **TEMA 1**

**SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. ACTUACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: COMPETENCIAS. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES Y EMPRESARIOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN. LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES.**

## **TEMA 1. SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES. ACTUACIONES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: COMPETENCIAS. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES Y EMPRESARIOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN. LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN DE RIESGOS. PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES.**

### **I. Seguridad e higiene en el trabajo.**

El artículo 40.2 de la Constitución Española encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, *velar por la seguridad e higiene en el trabajo*.

Es necesario no obstante recordar que el propio término “seguridad e higiene en el trabajo” deriva directamente de la idea de riesgo laboral basada a su vez en la consideración específica del accidente laboral. Éste supone ya ex ante la siguiente valoración: que la realización de una actividad laboral puede eventualmente concretarse o materializarse en la posibilidad de sufrir tanto una enfermedad como un accidente que sean consecuencia directa de la realización o desarrollo de la actividad laboral de referencia. Si bien la valoración del denominado riesgo laboral implica una actividad que necesariamente ha de desarrollarse de manera individualizada en cada caso también es cierto que tal actividad debe integrar una doble perspectiva que resulta complementaria, esto es, se conjuga la prevención y la reparación del daño sufrido.

En la legislación vigente, que posteriormente será objeto de estudio, ya se evidencia este tratamiento pero con anterioridad se trataban separadamente, así resulta de un somero estudio de los antecedentes legislativos en esta materia:

- Ley de seguro de accidentes de trabajo, de 30 de enero de 1900. Regulaba un seguro inicialmente no obligatorio que venía a sustituir la responsabilidad del empresario.
- Catálogo de mecanismos preventivos de accidentes de trabajo.
- Reglamento general de seguridad aprobado por la Orden de 31 de enero de 1940, que afirmaba que su objeto era: proteger al trabajador contra los riesgos propios de su

profesión que ponen en peligro su salud y su vida.

- Ordenanza general de seguridad e higiene en el trabajo, aprobada por la orden de 9 de marzo de 1971.
- Ley general de la Seguridad Social aprobada por el RD 2065/1974, de 30 de abril.
- Ley general de sanidad, que acuña el término “salud laboral”, desarrollado en el artículo 26.

El mandato constitucional precitado conlleva la necesidad de desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo.

Por otro lado, el artículo 4.2 **d.** del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) (...), *establece el derecho de aquéllos a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.*

La existencia de unos instrumentos normativos claramente obsoletos, por un lado, y las normas de origen internacional que vinculan a nuestro país, por otro, singularmente el Convenio 155 de la OIT y la Directiva 89/391 del Consejo, motivaron una amplia reforma del viejo sistema de seguridad e higiene en el trabajo y la instauración de un modelo nuevo a partir de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales.

## **2. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales.**

La LPRL tiene por objeto la determinación del cuerpo básico de garantías y responsabilidades preciso para establecer un adecuado nivel de protección de la salud de los trabajadores frente a los riesgos derivados de las condiciones de trabajo, y ello en el marco de una política coherente, coordinada y eficaz de prevención de los riesgos laborales. La Ley se divide en 7 capítulos:

### I. Capítulo I: Objeto, Ámbito de aplicación y definiciones (arts. 1 a 4)

El ámbito de aplicación de la Ley incluye:

- 1) A los trabajadores vinculados por una relación laboral en sentido estricto,

2) Al personal civil con relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas, sin más exclusiones que las correspondientes, a determinadas actividades de policía, seguridad y protección civil cuyas particularidades impidan la aplicación de la Ley, la cual inspirará, no obstante, la normativa específica que se dicte para salvaguardar la seguridad y la salud de los trabajadores en dichas actividades;

3) En sentido similar, la Ley prevé su adaptación a las características propias de los centros y establecimientos militares y de los establecimientos penitenciarios.

4) La Ley se aplica asimismo a los socios trabajadores o de trabajo de los distintos tipos de cooperativas,

## 2) Capítulo II. Política en materia de prevención de riesgos (arts. 5 a 13).

La política en materia de prevención de riesgos laborales, en cuanto conjunto de actuaciones de los poderes públicos dirigidas a la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, se articula en la Ley en base a los principios de eficacia, coordinación y participación, ordenando tanto la actuación de las diversas Administraciones públicas con competencias en materia preventiva, como la necesaria participación en dicha actuación de empresarios y trabajadores, a través de sus organizaciones representativas. En este contexto, la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo que se crea se configura como un instrumento privilegiado de participación en la formulación y desarrollo de la política en materia preventiva.

3) El capítulo III de la Ley (arts. 14 a 29), regula el conjunto de derechos y obligaciones derivados o correlativos del derecho básico de los trabajadores a su protección, así como, de manera más específica:

- las actuaciones a desarrollar en situaciones de emergencia o en caso de riesgo grave e inminente,
- las garantías y derechos relacionados con la vigilancia de la salud de los trabajadores, y

- las medidas particulares a adoptar en relación con categorías específicas de trabajadores, tales como los jóvenes, las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente y los trabajadores sujetos a relaciones laborales de carácter temporal.

Entre las obligaciones empresariales que establece la Ley, además de las que implícitamente lleva consigo la garantía de los derechos reconocidos al trabajador, cabe resaltar el deber de coordinación que se impone a los empresarios que desarrollen sus actividades en un mismo centro de trabajo, así como el de aquellos que contraten o subcontraten con otros la realización en sus propios centros de trabajo de obras o servicios correspondientes a su actividad de vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención.

4) Instrumento fundamental de la acción preventiva en la empresa es la obligación regulada en el capítulo IV (arts. 30 a 32) de estructurar dicha acción a través de la actuación de uno o varios trabajadores de la empresa específicamente designados para ello, de la constitución de un servicio de prevención o del recurso a un servicio de prevención ajeno a la empresa.

5). El capítulo V (arts. 33 a 40) regula, de forma detallada, los derechos de consulta y participación de los trabajadores en relación con las cuestiones que afectan a la seguridad y salud en el trabajo.

6). El capítulo VI (art. 41) establece las obligaciones básicas que afectan a los fabricantes, importadores y suministradores de maquinaria, equipos, productos y útiles de trabajo, que enlazan con la normativa comunitaria de mercado interior dictada para asegurar la exclusiva comercialización de aquellos productos y equipos que ofrezcan los mayores niveles de seguridad para los usuarios.

7) La Ley aborda en el capítulo VII (arts. 42 a 54) la regulación de las responsabilidades y sanciones que deben garantizar su cumplimiento, incluyendo la tipificación de las infracciones y el régimen sancionador correspondiente.

Además de la ley 31/1995 resulta obligada la referencia a su normativa de desarrollo, entre todas destacan:

- Instrucción de 26 de febrero de 1996 que es de aplicación general al personal de la administración civil de estado y de sus organismos autónomos, al de la administración de la seguridad social y al de los entes públicos representados en la mesa general de negociación. La instrucción trata de los servicios de prevención, de la consulta y participación, del comité de seguridad y salud (que define como órgano colegiado y paritario de participación destinado a la propuesta y consulta regular de planes, programas y evaluación de prevención en los organismos públicos), de los delegados de prevención y de la comisión paritaria de salud laboral y acción social (encargada del cumplimiento y seguimiento de la instrucción).
- Real Decreto 1879/1996, de 2 de agosto relativo a la comisión nacional de seguridad y salud en el trabajo creada por el artículo 13.1 de la ley 31/1995.
- Real decreto 39/1997, de 17 de enero que desarrolla los artículos: 30 a 32 de la ley 31/1995, desarrolla también su DT 2ª y cumplimenta el A. 6.1.e) y d). Destacar que toma como nueva óptica de la prevención su planificación partiendo de la evaluación inicial de aquellos riesgos inherentes al trabajo y la consiguiente adopción de las medidas adecuadas a la específica naturaleza de los riesgos detectados.
- Real decreto 486/1997, de 14 de abril, que establece en el capítulo II las obligaciones del empresario y en sus 6 anexos previsiones que desarrollan las obligaciones precitadas.
- Real Decreto 487/1997, de 14 de abril que desarrolla diversas prescripciones en materia de manipulación manual de cargas que entrañen riesgos, en particular dorso lumbar.
- Real decreto 485/1997, de 14 de abril que establece las disposiciones mínimas en materia de señalización de seguridad y salud en el trabajo.
- Real decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo.
- Real Decreto 664/1997, de 12 mayo, que desarrolla en materia de protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con exposición a agentes biológicos durante el

trabajo.

- Ley 50/1998, DE 30 de diciembre, que reforma diversos apartados del A.36
- Real decreto 216/1999, de 5 de febrero de desarrollo del A. 28
- Real decreto legislativo 5/2000, de 4 agosto, que deroga distintos preceptos
- Ley 54/2003, de 12 de diciembre de reforma
- Ley 25/2009, de 22 de diciembre que añade diversos apartados.
- Ley 32/2010 de 5 de agosto, de Protección de trabajadores autónomos, que modifica el artículo 32.
- Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de Emprendedores, que modifica el apartado 5 del artículo 30 y añade una nueva disposición adicional (D.A. 17).
- Ley 35/2014, de 26 de diciembre, que modifica el artículo 32.

## **II. Actuaciones de las administraciones públicas: competencias.**

La ley afirma en su Artículo 7 que *en cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley, las Administraciones públicas competentes en materia laboral desarrollarán funciones de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento por los sujetos comprendidos en su ámbito de aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, y sancionarán las infracciones a dicha normativa, en los siguientes términos:*

*a) Promoviendo la prevención y el asesoramiento a desarrollar por los órganos técnicos en materia preventiva, incluidas la asistencia y cooperación técnica, la información, divulgación, formación e investigación en materia preventiva, así como el seguimiento de las actuaciones preventivas que se realicen en las empresas para la consecución de los objetivos previstos en esta Ley.*

*b) Velando por el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales mediante las actuaciones de vigilancia y control. A estos efectos, prestarán el*

*asesoramiento y la asistencia técnica necesarios para el mejor cumplimiento de dicha normativa y desarrollarán programas específicos dirigidos a lograr una mayor eficacia en el control.*

*c) Sancionando el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por los sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley, con arreglo a lo previsto en el Capítulo VII de la misma.*

Las funciones de las Administraciones públicas competentes en materia laboral continuarán siendo desarrolladas, en lo referente a los trabajos en minas, canteras y túneles que exijan la aplicación de técnica minera, a los que impliquen fabricación, transporte, almacenamiento, manipulación y utilización de explosivos o el empleo de energía nuclear, por los órganos específicos contemplados en su normativa reguladora, sin perjuicio de lo establecido en la legislación específica sobre productos e instalaciones industriales.

Referencia específica exige el estudio del **Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo**, es el órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado que tiene como misión el análisis y estudio de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, así como la promoción y apoyo a la mejora de las mismas. Para ello establecerá la cooperación necesaria con los órganos de las Comunidades Autónomas con competencias en esta materia.

El Instituto, en cumplimiento de esta misión, tendrá las siguientes funciones:

- a) Asesoramiento técnico en la elaboración de la normativa legal y en el desarrollo de la normalización, tanto a nivel nacional como internacional.
- b) Promoción y, en su caso, realización de actividades de formación, información, investigación, estudio y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales, con la adecuada coordinación y colaboración, en su caso, con los órganos técnicos en materia preventiva de las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus funciones en esta materia.
- c) Apoyo técnico y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el



cumplimiento de su función de vigilancia y control en el ámbito de las Administraciones públicas.

d) Colaboración con organismos internacionales y desarrollo de programas de cooperación internacional en este ámbito, facilitando la participación de las Comunidades Autónomas.

e) Cualesquiera otras que sean necesarias para el cumplimiento de sus fines y le sean encomendadas en el ámbito de sus competencias, de acuerdo con la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo con la colaboración, en su caso, de los órganos técnicos de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia.

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en el marco de sus funciones, velará por la coordinación, apoyará el intercambio de información y las experiencias entre las distintas Administraciones públicas y especialmente fomentará y prestará apoyo a la realización de actividades de promoción de la seguridad y de la salud por las Comunidades Autónomas y prestará, de acuerdo con las Administraciones competentes, apoyo técnico especializado en materia de certificación, ensayo y acreditación.

En relación con las Instituciones de la Unión Europea, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo actuará como centro de referencia nacional, garantizando la coordinación y transmisión de la información que deberá facilitar a escala nacional, en particular respecto a la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo y su Red.

Además el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo ejercerá la Secretaría General de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, prestándole la asistencia técnica y científica necesaria para el desarrollo de sus competencias.

Corresponde, según dispone el artículo 9, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Para el cumplimiento de esta misión, tendrá las siguientes funciones:

a) Vigilar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, así como de las normas jurídico-técnicas que incidan en las condiciones de trabajo en materia de

prevención, aunque no tuvieran la calificación directa de normativa laboral, proponiendo a la autoridad laboral competente la sanción correspondiente, cuando comprobase una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo previsto en el Capítulo VII de la presente Ley.

b) Asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones cuya vigilancia tiene encomendada.

c) Elaborar los informes solicitados por los Juzgados de lo Social en las demandas deducidas ante los mismos en los procedimientos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

d) Informar a la autoridad laboral sobre los accidentes de trabajo mortales, muy graves o graves, y sobre aquellos otros en que, por sus características o por los sujetos afectados, se considere necesario dicho informe, así como sobre las enfermedades profesionales en las que concurran dichas calificaciones y, en general, en los supuestos en que aquélla lo solicite respecto del cumplimiento de la normativa legal en materia de prevención de riesgos laborales.

e) Comprobar y favorecer el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los servicios de prevención establecidos en la presente Ley.

f) Ordenar la paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores.

Las Administraciones General del Estado y de las Comunidades Autónomas adoptarán, en sus respectivos ámbitos de competencia, las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que, en el ámbito de la Administración General del Estado serán prestados por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Estas Administraciones públicas elaborarán y coordinarán planes de actuación, en sus respectivos ámbitos competenciales y territoriales, para contribuir al desarrollo de las actuaciones preventivas en las empresas, especialmente las de mediano y pequeño tamaño y las de sectores de actividad con mayor nivel de riesgo o de siniestralidad, a

través de acciones de asesoramiento, de información, de formación y de asistencia técnica.

En el ejercicio de tales cometidos, los funcionarios públicos de las citadas Administraciones que ejerzan labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales, podrán desempeñar funciones de asesoramiento, información y comprobatorias de las condiciones de seguridad y salud en las empresas y centros de trabajo.

Las actuaciones comprobatorias se programarán por la respectiva Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Cuando de las actuaciones de comprobación se deduzca la existencia de infracción, y siempre que haya mediado incumplimiento de previo requerimiento, el funcionario actuante remitirá informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se recogerán los hechos comprobados, a efectos de que se levante la correspondiente acta de infracción, si así procediera.

A estos efectos, los hechos relativos a las actuaciones de comprobación de las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud recogidos en tales informes gozarán de la presunción de certeza.

Las actuaciones de las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria se regulan en el artículo 10, que establece que Las actuaciones de las Administraciones públicas competentes en materia sanitaria referentes a la salud laboral se llevarán a cabo a través de las acciones y en relación con los aspectos señalados en el Capítulo IV del Título I de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y disposiciones dictadas para su desarrollo.

En particular, corresponderá a las Administraciones públicas citadas:

- a) El establecimiento de medios adecuados para la evaluación y control de las actuaciones de carácter sanitario que se realicen en las empresas por los servicios de prevención actuantes. Para ello, establecerán las pautas y protocolos de actuación, oídas las sociedades científicas, a los que deberán someterse los citados servicios.
- b) La implantación de sistemas de información adecuados que permitan la elaboración, junto con las autoridades laborales competentes, de mapas de riesgos laborales, así como

la realización de estudios epidemiológicos para la identificación y prevención de las patologías que puedan afectar a la salud de los trabajadores, así como hacer posible un rápido intercambio de información.

c) La supervisión de la formación que, en materia de prevención y promoción de la salud laboral, deba recibir el personal sanitario actuante en los servicios de prevención autorizados.

d) La elaboración y divulgación de estudios, investigaciones y estadísticas relacionados con la salud de los trabajadores.

La elaboración de normas preventivas y el control de su cumplimiento, la promoción de la prevención, la investigación y la vigilancia epidemiológica sobre riesgos laborales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales determinan la necesidad de coordinar las actuaciones de las Administraciones competentes en materia laboral, sanitaria y de industria para una más eficaz protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

En el marco de dicha coordinación, la Administración competente en materia laboral velará, en particular, para que la información obtenida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sea puesta en conocimiento de la autoridad sanitaria competente a los fines dispuestos en el artículo 10 precitado y en el artículo 21 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como de la Administración competente en materia de industria a los efectos previstos en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

El artículo 13 crea la **Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo**, como órgano colegiado asesor de las Administraciones públicas en la formulación de las políticas de prevención y órgano de participación institucional en materia de seguridad y salud en el trabajo.

La Comisión estará integrada por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración General del Estado y, paritariamente con todos los anteriores, por representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativa.

La Comisión conocerá las actuaciones que desarrollen las Administraciones públicas

competentes en materia de promoción de la prevención de riesgos laborales, de asesoramiento técnico y de vigilancia y control a que se refieren los artículos 7, 8, 9 y 11 de esta Ley y podrá informar y formular propuestas en relación con dichas actuaciones, específicamente en lo referente a:

- Criterios y programas generales de actuación.
- Proyectos de disposiciones de carácter general.
- Coordinación de las actuaciones desarrolladas por las Administraciones públicas competentes en materia laboral.
- Coordinación entre las Administraciones públicas competentes en materia laboral, sanitaria y de industria.

La Comisión adoptará sus acuerdos por mayoría. A tal fin, los representantes de las Administraciones públicas tendrán cada uno un voto y dos los de las organizaciones empresariales y sindicales.

En cuanto a la organización de La Comisión, destacar que ésta contará con un Presidente y cuatro Vicepresidentes (uno por cada uno de los grupos que la integran) y con una Secretaría de la Comisión, que se configura como órgano de apoyo técnico y administrativo.

La Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo funcionará en Pleno, en Comisión Permanente o en Grupos de Trabajo, conforme a la normativa que establezca el Reglamento interno que elaborará la propia Comisión.

### **III. Derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios en materia de prevención de riesgos.**

En los artículos 14 y siguientes se regula el derecho de protección de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo. Este derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales, deber que constituye, igualmente, un deber de las Administraciones públicas respecto del personal a su servicio.

Los derechos de información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente y vigilancia de su estado de salud forman parte del derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Así en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios

El empresario desarrollará además una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo y deberá cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

Las obligaciones de los trabajadores establecidas en esta Ley, la atribución de funciones en materia de protección y prevención a trabajadores o servicios de la empresa y el recurso al concierto con entidades especializadas para el desarrollo de actividades de prevención complementarán las acciones del empresario, sin que por ello le eximan del cumplimiento de su deber en esta materia, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar, en su caso, contra cualquier otra persona. Finalmente destacar que el coste de las medidas relativas a la seguridad y la salud en el trabajo no deberá recaer en modo alguno sobre los trabajadores.

En el **Artículo 15** se establecen una serie de **Principios de la acción preventiva**, así preceptúa la ley que *el empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención previsto en el artículo anterior, con arreglo a los siguientes principios generales:*

- a) Evitar los riesgos.
- b) Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.
- c) Combatir los riesgos en su origen.
- d) Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud.
- e) Tener en cuenta la evolución de la técnica.
- f) Sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro.
- g) Planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.
- h) Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual.
- i) Dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

El empresario tomará en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de encomendarles las tareas y adoptará las medidas necesarias a fin de garantizar que sólo los trabajadores que hayan recibido información suficiente y adecuada puedan acceder a las zonas de riesgo grave y específico.

La efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Para su adopción se tendrán en cuenta los riesgos adicionales que pudieran implicar determinadas medidas preventivas, las cuales

sólo podrán adoptarse cuando la magnitud de dichos riesgos sea sustancialmente inferior a la de los que se pretende controlar y no existan alternativas más seguras.

Para tales fines podrán concertar operaciones de seguro para garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores, los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya actividad consista en la prestación de su trabajo personal.

Según el artículo 16 la prevención de riesgos laborales deberá integrarse en el sistema general de gestión de la empresa, tanto en el conjunto de sus actividades como en todos los niveles jerárquicos de ésta, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales.

Este plan de prevención de riesgos laborales deberá incluir la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Los instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos, que podrán ser llevados a cabo por fases de forma programada, son la evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva. Por ello se exige al empresario la realización de una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, (teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos). Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad y será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido.



Cuando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas.

Si los resultados de la evaluación pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos. Dichas actividades serán objeto de planificación por el empresario, incluyendo para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución.

Por otra parte destacar que como el empresario deberá asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, deberá efectuar un seguimiento continuo de la misma. Lo dicho supone que las actividades de prevención deberán ser modificadas cuando se aprecie por el empresario su inadecuación a los fines de protección requeridos.

Las empresas, en atención al número de trabajadores y a la naturaleza y peligrosidad de las actividades realizadas, podrán realizar el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva de forma simplificada, siempre que ello no suponga una reducción del nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores.

Cuando se haya producido un daño para la salud de los trabajadores o cuando o cuando con ocasión de la vigilancia de la salud aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes, el empresario llevará a cabo una investigación al respecto, a fin de detectar las causas de estos hechos y adoptará las medidas necesarias para que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

Específicamente se prevé que cuando la utilización de un equipo de trabajo pueda presentar un riesgo específico para la seguridad y la salud de los trabajadores, el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que la utilización del equipo de trabajo quede reservada a los encargados de dicha utilización y de que los trabajos de

reparación, transformación, mantenimiento o conservación sean realizados por los trabajadores específicamente capacitados para ello.

El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios, (los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo).

El **artículo 18** establece un deber de información que corre a cargo del empresario. Por ello establece que deberá adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias en relación con: Los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquellos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función o las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los citados riesgos.

En las empresas que cuenten con representantes de los trabajadores, la información se facilitará por el empresario a los trabajadores a través de dichos representantes; no obstante, deberá informarse directamente a cada trabajador de los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos.

Correlativo al deber de información es el de consulta, así se dispone que: el empresario debe consultar a los trabajadores, y permitir su participación, en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y a la salud en el trabajo y los trabajadores tendrán derecho a efectuar propuestas al empresario, así como a los órganos de participación y representación dirigidas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud en la empresa.

También se impone un deber de formación de los trabajadores y en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como

cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. Tal formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario y deberá impartirse, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, en otras horas pero con el descuento en aquélla del tiempo invertido en la misma, (La formación se podrá impartir por la empresa mediante medios propios o concertándola con servicios ajenos, y su coste no recaerá en ningún caso sobre los trabajadores).

El **artículo 20** exige la previsión de medidas de emergencia cuando afirma que el empresario, teniendo en cuenta el tamaño y la actividad de la empresa, así como la posible presencia de personas ajenas a la misma, deberá analizar las posibles situaciones de emergencia y adoptar las medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de los trabajadores, designando para ello al personal encargado de poner en práctica estas medidas y comprobando periódicamente, en su caso, su correcto funcionamiento. El citado personal deberá poseer la formación necesaria, ser suficiente en número y disponer del material adecuado.

Para la aplicación de las medidas adoptadas, el empresario deberá organizar las relaciones que sean necesarias con servicios externos a la empresa, en particular en materia de primeros auxilios, asistencia médica de urgencia, salvamento y lucha contra incendios, de forma que quede garantizada la rapidez y eficacia de las mismas.

Otro deber a cargo del empresario surge cuando los trabajadores estén o puedan estar expuestos a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo. En tal caso el empresario estará obligado a:

- a) Informar lo antes posible a todos los trabajadores afectados acerca de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que, en su caso, deban adoptarse en materia de protección.
- b) Adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si

fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo, (en este supuesto no podrá exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente).

- c) Disponer lo necesario para que el trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores o la de terceros a la empresa, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro.

Así el trabajador tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud.

Cuando el empresario no adopte o no permita la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores, los representantes legales de éstos podrán acordar, por mayoría de sus miembros, la paralización de la actividad de los trabajadores afectados por dicho riesgo. Tal acuerdo será comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en el plazo de veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada. Dicho acuerdo podrá ser adoptado por decisión mayoritaria de los Delegados de Prevención cuando no resulte posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal.

Los trabajadores o sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de las medidas prevención o protección expuestas, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave.

Se establece el carácter voluntario de la vigilancia (relativa al control de la salud de los trabajadores) ya que sólo podrá llevarse a cabo cuando el trabajador preste su consentimiento, y sólo se exceptuarán, previo informe de los representantes de los trabajadores, los supuestos en los que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los

trabajadores o para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa o cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. En todo caso se deberá optar por la realización de aquellos reconocimientos o pruebas que causen las menores molestias al trabajador y que sean proporcionales al riesgo.

Las medidas de vigilancia y control de la salud de los trabajadores se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. Los resultados de la vigilancia serán comunicados a los trabajadores afectados y por ello los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, (debe recordarse que el acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. No obstante lo cual se establece que, el empresario y las personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva).

En los supuestos en que la naturaleza de los riesgos inherentes al trabajo lo haga necesario, el derecho de los trabajadores a la vigilancia periódica de su estado de salud deberá ser prolongado más allá de la finalización de la relación laboral, en los términos que reglamentariamente se determinen.

El empresario deberá elaborar y conservar a disposición de la autoridad laboral la siguiente documentación relativa a las obligaciones estudiadas:

- a) Plan de prevención de riesgos laborales.
- b) Evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, incluido el resultado

de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores.

c) Planificación de la actividad preventiva, incluidas las medidas de protección y de prevención a adoptar y, en su caso, material de protección que deba utilizarse.

d) Práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores.

e) Relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a un día de trabajo. En el momento de cesación de su actividad, las empresas deberán remitir a la autoridad laboral esa documentación.

El **artículo 24** trata de la **coordinación de actividades empresariales**, y al respecto establece que: *cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales*. A tal fin, establecerán los medios de coordinación que sean necesarios en cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores.

El empresario titular del centro de trabajo adoptará las medidas necesarias para que aquellos otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información y las instrucciones adecuadas, en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y con las medidas de protección y prevención correspondientes, así como sobre las medidas de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores y las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

El legislador se ocupa igualmente de la regulación, en el **Artículo 25**, de la materia relativa a la **protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos**, por ello dispone que el empresario garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales o estado

biológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. Para ello deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias.

La legislación exige que los trabajadores no sean empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. Igualmente, el empresario deberá tener en cuenta en las evaluaciones los factores de riesgo que puedan incidir en la función de procreación de los trabajadores y trabajadoras, en particular por la exposición a agentes físicos, químicos y biológicos que puedan ejercer efectos mutagénicos o de toxicidad para la procreación, tanto en los aspectos de la fertilidad, como del desarrollo de la descendencia, con objeto de adoptar las medidas preventivas necesarias.

También ha de tratarse de la protección de otras contingencias, como la maternidad o los menores. En cuanto a la primera se exige que la evaluación de los riesgos comprenda la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Así si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, (dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos).

Cuando la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir

negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado y el empresario deberá determinar, previa consulta con los representantes de los trabajadores, la relación de los puestos de trabajo exentos de riesgos a estos efectos.

El cambio de puesto o función se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

Si aun aplicando las reglas precitadas no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen y si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado.

Estas previsiones también serán de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo.

Las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al



parto, previo aviso al empresario y justificación de la necesidad de su realización dentro de la jornada de trabajo.

Como resulta del tenor del el **artículo 27**, el legislador se ha preocupado de introducir disposiciones de protección de los menores; así establece que antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores.

La evaluación en el caso de trabajadores menores de 18 años, tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto, igualmente el empresario informará a dichos jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación de los posibles riesgos y de todas las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud. Y teniendo en cuenta los factores anteriormente señalados, el Gobierno establecerá las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos.

Por lo que se refiere a aquellos trabajadores con relaciones de trabajo temporales o de duración determinada, así como los contratados por empresas de trabajo temporal, se dispone que deberán disfrutar del mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud que los restantes trabajadores de la empresa en la que prestan sus servicios. La existencia de tal relación no justificará en ningún caso una diferencia de trato por lo que respecta a las condiciones de trabajo, en lo relativo a cualquiera de los aspectos de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.

El empresario ha de adoptar las medidas necesarias para garantizar que, con carácter previo al inicio de su actividad, los trabajadores reciban información acerca de los riesgos a los que vayan a estar expuestos, en particular en lo relativo a la necesidad de

cualificaciones o aptitudes profesionales determinadas, la exigencia de controles médicos especiales o la existencia de riesgos específicos del puesto de trabajo a cubrir, así como sobre las medidas de protección y prevención frente a los mismos.

En todo caso los trabajadores deben recibir una formación suficiente y adecuada a las características del puesto de trabajo a cubrir, teniendo en cuenta su cualificación y experiencia profesional y los riesgos a los que vayan a estar expuestos y tendrán derecho a una vigilancia periódica de su estado de salud,

El empresario deberá informar a los trabajadores designados para ocuparse de las actividades de protección y prevención o, en su caso, al servicio de prevención, de la incorporación de estos trabajadores, en la medida necesaria para que puedan desarrollar de forma adecuada sus funciones respecto de todos los trabajadores de la empresa.

Si las relaciones de trabajo se conciertan a través de empresas de trabajo temporal, la empresa usuaria será responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Corresponderá, además, a la empresa usuaria el cumplimiento de las obligaciones en materia de información ya citadas y la empresa de trabajo temporal será responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud. A tal fin la empresa usuaria deberá informar a la empresa de trabajo temporal, y ésta a los trabajadores afectados, antes de la adscripción de los mismos, acerca de las características propias de los puestos de trabajo a desempeñar y de las cualificaciones requeridas.

La empresa usuaria deberá informar a los representantes de los trabajadores en la misma de la adscripción de los trabajadores puestos a disposición por la empresa de trabajo temporal. Dichos trabajadores podrán dirigirse a estos representantes en el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Ley.

Según el tenor del **artículo 29** finalmente también se procede a la imposición de diversas obligaciones al propio trabajador, así resulta que le corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de

aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario.

Los trabajadores, con arreglo a su formación y siguiendo las instrucciones del empresario, deberán en particular:

1º Usar adecuadamente, de acuerdo con su naturaleza y los riesgos previsibles, las máquinas, aparatos, herramientas, sustancias peligrosas, equipos de transporte y, en general, cualesquiera otros medios con los que desarrollen su actividad.

2º Utilizar correctamente los medios y equipos de protección facilitados por el empresario, de acuerdo con las instrucciones recibidas de éste.

3º No poner fuera de funcionamiento y utilizar correctamente los dispositivos de seguridad existentes o que se instalen en los medios relacionados con su actividad o en los lugares de trabajo en los que ésta tenga lugar.

4º Informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores.

5º Contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo.

6º Cooperar con el empresario para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo que sean seguras y no entrañen riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores.

El incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos tendrá la consideración de incumplimiento laboral a los efectos previstos en el artículo 58.1 ET o de falta, en su caso, conforme a lo establecido en la correspondiente normativa sobre régimen disciplinario de los funcionarios públicos o del personal estatutario al servicio de las Administraciones públicas. Lo dispuesto en este apartado será

igualmente aplicable a los socios de las cooperativas cuya actividad consista en la prestación de su trabajo, con las precisiones que se establezcan en sus Reglamentos de Régimen Interno.

#### **IV. Los servicios de prevención de riesgos.**

En cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa.

Los trabajadores designados deberán tener la capacidad necesaria, disponer del tiempo y de los medios precisos y ser suficientes en número, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, así como los riesgos a que están expuestos los trabajadores y su distribución en la misma. Además se impone a estos trabajadores un deber de colaboración entre sí y, en su caso, con los servicios de prevención.

Para la realización de la actividad de prevención, el empresario deberá facilitar a los trabajadores designados el acceso a la información y documentación antes citado.

Los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa y deberán guardar sigilo profesional sobre la información relativa a la empresa a la que tuvieran acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones.

En las empresas de hasta diez trabajadores, el empresario podrá asumir personalmente la realización de estas funciones, siempre que desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo y tenga la capacidad necesaria, en función de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades. La misma posibilidad tiene el empresario que, cumpliendo tales requisitos, ocupe hasta 25 trabajadores, siempre y cuando la empresa disponga de un único centro de trabajo.

El empresario que no hubiere concertado el Servicio de prevención con una entidad especializada ajena a la empresa deberá someter su sistema de prevención al control de una auditoría o evaluación externa, en los términos que reglamentariamente se

determinen. Por su parte las personas o entidades especializadas que pretendan desarrollar la actividad de auditoría del sistema de prevención habrán de contar con una única autorización de la autoridad laboral, que tendrá validez en todo el territorio español. El vencimiento del plazo máximo del procedimiento de autorización sin haberse notificado resolución expresa al interesado permitirá entender desestimada la solicitud por silencio administrativo, con el objeto de garantizar una adecuada protección de los trabajadores.

El **artículo 31** regula los servicios de prevención y dispone que: *si la designación de uno o varios trabajadores fuera insuficiente para la realización de las actividades de prevención, en función del tamaño de la empresa, de los riesgos a que están expuestos los trabajadores o de la peligrosidad de las actividades desarrolladas (...), el empresario deberá recurrir a uno o varios servicios de prevención propios o ajenos a la empresa, que colaborarán cuando sea necesario.*

Para el establecimiento de estos servicios en las Administraciones públicas se tendrá en cuenta su estructura organizativa y la existencia, en su caso, de ámbitos sectoriales y descentralizados.

Se entenderá como servicio de prevención el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para realizar las actividades preventivas a fin de garantizar la adecuada protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, asesorando y asistiendo para ello al empresario, a los trabajadores y a sus representantes y a los órganos de representación especializados. Para el ejercicio de sus funciones, el empresario deberá facilitar a dicho servicio el acceso a la información y documentación necesarias.

Los servicios de prevención deberán estar en condiciones de proporcionar a la empresa el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgo en ella existentes y en lo referente a:

- a) El diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa.
- b) La evaluación de los factores de riesgo que puedan afectar a la seguridad y la salud de los trabajadores.

c) La planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia.

d) La información y formación de los trabajadores.

e) La prestación de los primeros auxilios y planes de emergencia.

f) La vigilancia de la salud de los trabajadores en relación con los riesgos derivados del trabajo.

Si la empresa no llevara a cabo las actividades preventivas con recursos propios, la asunción de las funciones respecto de las materias descritas sólo podrá hacerse por un servicio de prevención ajeno. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de cualquiera otra atribución legal o reglamentaria de competencia a otras entidades u organismos respecto de las materias indicadas.

El servicio de prevención tendrá carácter interdisciplinario, debiendo sus medios ser apropiados para cumplir sus funciones. Para ello, la formación, especialidad, capacitación, dedicación y número de componentes de estos servicios, así como sus recursos técnicos, deberán ser suficientes y adecuados a las actividades preventivas a desarrollar, en función de las siguientes circunstancias:

a) Tamaño de la empresa.

b) Tipos de riesgo a los que puedan encontrarse expuestos los trabajadores.

c) Distribución de riesgos en la empresa.

Para poder actuar como servicios de prevención, las entidades especializadas deberán ser objeto de una acreditación por la autoridad laboral, que será única y con validez en todo el territorio español, mediante la comprobación de que reúnen los requisitos que se establezcan reglamentariamente y previa aprobación de la autoridad sanitaria en cuanto a los aspectos de carácter sanitario.

Entre estos requisitos, las entidades especializadas deberán suscribir una póliza de seguro que cubra su responsabilidad en la cuantía que se determine reglamentariamente y sin

que aquella constituya el límite de la responsabilidad del servicio.

El vencimiento del plazo máximo del procedimiento de acreditación sin haberse notificado resolución expresa al interesado permitirá entender desestimada la solicitud por silencio administrativo, con el objeto de garantizar una adecuada protección de los trabajadores.

Hay que tener en cuenta que las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social no podrán desarrollar las funciones correspondientes a los servicios de prevención ajenos, ni participar con cargo a su patrimonio histórico en el capital social de una sociedad mercantil en cuyo objeto figure la actividad de prevención.

## **V. Participación de los trabajadores.**

El empresario deberá consultar a los trabajadores, con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a:

a) La planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo.

b) La organización y desarrollo de las actividades de protección de la salud y prevención de los riesgos profesionales en la empresa, incluida la designación de los trabajadores encargados de dichas actividades o el recurso a un servicio de prevención externo.

c) La designación de los trabajadores encargados de las medidas de emergencia.

d) Los procedimientos de información y documentación a que se refiere la presente Ley.

e) El proyecto y la organización de la formación en materia preventiva.

f) Cualquier otra acción que pueda tener efectos sustanciales sobre la seguridad y la salud de los trabajadores.

Pero en aquellas empresas que cuenten con representantes de los trabajadores, esas consultas se llevarán a cabo con dichos representantes.

El **artículo 34** establece derechos de participación de los trabajadores: *los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo.*

*En las empresas o centros de trabajo que cuenten con seis o más trabajadores, la participación de éstos se canalizará a través de sus representantes y de la representación especializada.* A los Comités de Empresa, a los Delegados de Personal y a los representantes sindicales les corresponde, en los términos que, respectivamente, les reconocen el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Órganos de Representación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y la Ley Orgánica de Libertad Sindical, la defensa de los intereses de los trabajadores en materia de prevención de riesgos en el trabajo. Para ello, los representantes del personal ejercerán las competencias que dichas normas establecen en materia de información, consulta y negociación, vigilancia y control y ejercicio de acciones ante las empresas y los órganos y Tribunales competentes.

Este derecho de participación se ejercerá en el ámbito de las Administraciones públicas con las adaptaciones que procedan en atención a la diversidad de las actividades que desarrollan y las diferentes condiciones en que éstas se realizan, la complejidad y dispersión de su estructura organizativa y sus peculiaridades en materia de representación colectiva, en los términos previstos en la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, pudiéndose establecer ámbitos sectoriales, y descentralizados en función del número de efectivos y centros.

Para llevar a cabo la indicada adaptación en el ámbito de la Administración General del Estado, el Gobierno tendrá en cuenta los siguientes criterios:

a) En ningún caso dicha adaptación podrá afectar a las competencias, facultades y garantías que se reconocen en esta Ley a los Delegados de Prevención y a los Comités de Seguridad y Salud.

b) Se deberá establecer el ámbito específico que resulte adecuado en cada caso para el ejercicio de la función de participación en materia preventiva dentro de la estructura



organizativa de la Administración. Con carácter general, dicho ámbito será el de los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas, si bien podrán establecerse otros distintos en función de las características de la actividad y frecuencia de los riesgos a que puedan encontrarse expuestos los trabajadores.

c) Cuando en el indicado ámbito existan diferentes órganos de representación del personal, se deberá garantizar una actuación coordinada de todos ellos en materia de prevención y protección de la seguridad y la salud en el trabajo, posibilitando que la participación se realice de forma conjunta entre unos y otros, en el ámbito específico establecido al efecto.

d) Con carácter general, se constituirá un único Comité de Seguridad y Salud en el ámbito de los órganos de representación previstos en la Ley de Organos de Representación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, que estará integrado por los Delegados de Prevención designados en dicho ámbito, tanto para el personal con relación de carácter administrativo o estatutario como para el personal laboral, y por representantes de la Administración en número no superior al de Delegados. Ello no obstante, podrán constituirse Comités de Seguridad y Salud en otros ámbitos cuando las razones de la actividad y el tipo y frecuencia de los riesgos así lo aconsejen.

Debido a las actuales dimensiones de las empresas ha sido necesario articular mecanismos ágiles y realmente operativos que materialicen esa participación de los trabajadores en la empresa, así surge la figura de los Delegados de Prevención que la ley define como los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo.

Los Delegados de Prevención serán designados por y entre los representantes del personal, en el ámbito de los órganos de representación previstos en las normas a que se refiere el artículo anterior, con arreglo a la siguiente escala:

De 50 a 100 trabajadores: 2 Delegados de Prevención.

De 101 a 500 trabajadores: 3 Delegados de Prevención.

De 501 a 1.000 trabajadores: 4 Delegados de Prevención.

De 1.001 a 2.000 trabajadores: 5 Delegados de Prevención.

De 2.001 a 3.000 trabajadores: 6 Delegados de Prevención.

De 3.001 a 4.000 trabajadores: 7 Delegados de Prevención.

De 4.001 en adelante: 8 Delegados de Prevención.

En las empresas de hasta treinta trabajadores el Delegado de Prevención será el Delegado de Personal. En las empresas de treinta y uno a cuarenta y nueve trabajadores habrá un Delegado de Prevención que será elegido por y entre los Delegados de Personal.

A efectos de determinar el número de Delegados de Prevención se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.

b) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la designación. Cada doscientos días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más.

No obstante, en los convenios colectivos podrán establecerse otros sistemas de designación de los Delegados de Prevención, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores.

Asimismo en el ámbito de las Administraciones públicas se podrán establecer, en los términos señalados en la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, otros sistemas de designación de los Delegados de Prevención y acordarse que las competencias que esta Ley atribuye a éstos puedan ser ejercidas por órganos específicos.

Según el **artículo 36** son competencias de los Delegados de Prevención: a) Colaborar con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva.

b) Promover y fomentar la cooperación de los trabajadores en la ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

c) Ser consultados por el empresario, con carácter previo a su ejecución, acerca de las decisiones a que se refiere el artículo 33 de la presente Ley.

d) Ejercer una labor de vigilancia y control sobre el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

En las empresas que no cuenten con Comité de Seguridad y Salud por no alcanzar el número mínimo de trabajadores establecido al efecto, las competencias atribuidas a aquél en la presente Ley serán ejercidas por los Delegados de Prevención.

En el ejercicio de las competencias atribuidas a los Delegados de Prevención, éstos estarán facultados para:

a) Acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo, así como, en los términos previstos en el artículo 40 de esta Ley, a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas y verificaciones que realicen en los centros de trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, pudiendo formular ante ellos las observaciones que estimen oportunas.

b) Tener acceso, con las limitaciones pertinentes a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones.

c) Ser informados por el empresario sobre los daños producidos en la salud de los trabajadores una vez que aquél hubiese tenido conocimiento de ellos, pudiendo presentarse, aun fuera de su jornada laboral, en el lugar de los hechos para conocer las circunstancias de los mismos.

d) Recibir del empresario las informaciones obtenidas por éste procedentes de las personas u órganos encargados de las actividades de protección y prevención en la empresa, así como de los organismos competentes para la seguridad y la salud de los trabajadores.

e) Realizar visitas a los lugares de trabajo para ejercer una labor de vigilancia y control

del estado de las condiciones de trabajo, pudiendo, a tal fin, acceder a cualquier zona de los mismos y comunicarse durante la jornada con los trabajadores, de manera que no se altere el normal desarrollo del proceso productivo.

f) Recabar del empresario la adopción de medidas de carácter preventivo y para la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, pudiendo a tal fin efectuar propuestas al empresario, así como al Comité de Seguridad y Salud para su discusión en el mismo.

g) Proponer al órgano de representación de los trabajadores la adopción del acuerdo de paralización de actividades.

Los informes que deban emitir los Delegados de Prevención deberán elaborarse en un plazo de quince días, o en el tiempo imprescindible cuando se trate de adoptar medidas dirigidas a prevenir riesgos inminentes. Transcurrido el plazo sin haberse emitido el informe, el empresario podrá poner en práctica su decisión.

La decisión negativa del empresario a la adopción de las medidas propuestas por el Delegado de Prevención deberá ser motivada.

Se establece un sistema de garantías y de sigilo profesional aplicable a los delegados de prevención en correspondencia con el sistema diseñado en el ET:

El empresario deberá proporcionar a los Delegados de Prevención los medios y la formación en materia preventiva que resulten necesarios para el ejercicio de sus funciones.

La formación se deberá facilitar por el empresario por sus propios medios o mediante concierto con organismos o entidades especializadas en la materia y deberá adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos, repitiéndose periódicamente si fuera necesario y el tiempo dedicado a la formación será considerado como tiempo de trabajo a todos los efectos y su coste no podrá recaer en ningún caso sobre los Delegados de Prevención.

Lo dispuesto en materia de garantías y sigilo profesional de los Delegados de Prevención

se entenderá referido, en el caso de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas, a la regulación contenida en los artículos 10, párrafo segundo, y 11 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

Finalmente debe hacerse referencia al **Comité de Seguridad y Salud**, que es el órgano paritario y colegiado de participación destinado a la consulta regular y periódica de las actuaciones de la empresa en materia de prevención de riesgos, teniendo en cuenta que se prevé la constitución de un Comité de Seguridad y Salud en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores.

Dicho Comité estará formado por los Delegados de Prevención, de una parte, y por el empresario y/o sus representantes en número igual al de los Delegados de Prevención, de la otra.

En las reuniones del Comité de Seguridad y Salud participarán, con voz pero sin voto, los Delegados Sindicales y los responsables técnicos de la prevención en la empresa que no estén incluidos en la composición a la que se refiere el párrafo anterior. En las mismas condiciones podrán participar trabajadores de la empresa que cuenten con una especial cualificación o información respecto de concretas cuestiones que se debatan en este órgano y técnicos en prevención ajenos a la empresa, siempre que así lo solicite alguna de las representaciones en el Comité. Dicho Comité se reunirá trimestralmente y siempre que lo solicite alguna de las representaciones en el mismo y adoptará sus propias normas de funcionamiento.

Las empresas que cuenten con varios centros de trabajo dotados de Comité de Seguridad y Salud podrán acordar con sus trabajadores la creación de un **Comité Intercentros**,

El **artículo 40**, como, mecanismo de cierre, prevé que los trabajadores y sus representantes podrán recurrir a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social informará a los Delegados de Prevención sobre los

resultados de las visitas a que hace referencia el apartado anterior y sobre las medidas adoptadas como consecuencia de las mismas, así como al empresario mediante diligencia en el Libro de Visitas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que debe existir en cada centro de trabajo.

Las organizaciones sindicales y empresariales más representativas serán consultadas con carácter previo a la elaboración de los planes de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos en el trabajo, en especial de los programas específicos para empresas de menos de seis trabajadores, e informadas del resultado de dichos planes.

**CRISTINA CASTROVIEJO OJEA**

LCDA. EN DERECHO. CUERPO SUPERIOR DE LA  
ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

**ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA**

LCDA. EN DERECHO  
LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 2**

**EL DERECHO DEL TRABAJO. SU ESPECIALIDAD  
Y CARÁCTERES. LAS FUENTES DEL DERECHO  
DEL TRABAJO. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA  
NORMATIVA. LOS CONVENIOS COLECTIVOS  
DEL TRABAJO. CONCEPTO Y NATURALEZA.  
RÉGIMEN JURÍDICO. PARTES.  
PROCEDIMIENTO. CONTENIDO**

## **TEMA 2. EL DERECHO DEL TRABAJO. SU ESPECIALIDAD Y CARÁCTERES. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA. LOS CONVENIOS COLECTIVOS DEL TRABAJO. CONCEPTO Y NATURALEZA. RÉGIMEN JURÍDICO. PARTES. PROCEDIMIENTO. CONTENIDO.**

### **EL DERECHO DEL TRABAJO**

Con el término derecho del trabajo se quiere aludir a una disciplina jurídica que se ha caracterizado por suponer una constante confrontación de dos tipos de intereses generalmente contrapuestos, los intereses sociales y los intereses económicos, se trata pues de una disciplina que trata de regular todos aquellos aspectos que comprende una relación laboral, la cual a su vez, se caracteriza, como se verá posteriormente, por reunir las notas de dependencia, amenidad, voluntad del trabajador y retribución.

En cualquier caso hay que destacar que desde una perspectiva jurídica es una disciplina o materia relativamente reciente, si bien regula los resultados de un largo proceso evolutivo cuyos precedentes se remontan a la época greco romana.

Al margen de su concreta evolución histórica interesa hacer hincapié en una serie de hitos que resultaron ser esenciales en la conceptualización o definición de esta materia, así es preciso referirse al trabajo en la edad moderna (caracterizado por la desaparición en Europa del trabajo forzoso) y al trabajo en la era de la revolución industrial, porque en ella nace un verdadero nuevo concepto de relación laboral.

Con la revolución industrial se produce la agrupación de los trabajadores en fábricas y surgen los fenómenos de especialización y división del trabajo. Sociológicamente se constató un éxodo rural que puede calificarse como masivo. Por otra parte desde un punto de vista ideológico la aparición del liberalismo se reveló crucial, ya que se concretó inicialmente en la exigencia de que el Estado fuese quien actuase en posición de garante por lo que atañe a la igualdad efectiva de los ciudadanos ante la ley, aunque también es cierto, que, por otra parte, impera la ley de la oferta y de la demanda para la autorregulación del mercado, esto es, se postuló la autorregulación en detrimento del intervencionismo.



El contrato de trabajo se convierte en elemento esencial del sistema ya que es el documento en el que se recogen las voluntades de las partes, las condiciones de trabajo, etc.

En un momento posterior surge la que se denominó “cuestión social” que supone un nuevo enfoque de los nuevos problemas que han surgido debido a la configuración del sistema y que opta por la adopción de una óptica colectiva en el tratamiento de la problemática social. Se habla ya de movimiento obrero y de movimiento sindical y aparece la figura de la huelga, y con todo ello da comienzo todo un proceso reivindicativo que pretende obtener una mejora en las condiciones laborales (dignidad de las condiciones de trabajo), una retribución adecuada, se regulan los derechos y obligaciones de las partes o sujetos intervinientes en la relación laboral, se incluyen previsiones sobre el trabajo de menores y mujeres, etc.

Aunque en realidad es desde el fin de la I guerra mundial cuando se considera el derecho laboral como una auténtica disciplina jurídica independiente del derecho civil y que implica la aparición del contrato de trabajo con plena entidad y en sustitución del contrato de arrendamiento de servicios civil. El contrato de trabajo fue regulado por primera vez en el Código de Trabajo de Primo de Rivera de 1926, si bien habría que esperar hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 para que se configurara como institución jurídica diferenciada del contrato de arrendamiento de servicios. Se parte de su concepto romano, *duorum vel plurium in ídem placitum consensus animus contrahendi obligationis*, que recogería después el código civil en el artículo 1254 consagrando la autonomía de la voluntad a continuación en el artículo 1255.

La referencia lo es ab initio al trabajo asalariado y partiendo de la consideración de que ambas partes, empleador o empresario y trabajador no se encuentren vinculadas por normas de otra naturaleza, que sería generalmente la administrativa.

Los autores definen el derecho laboral como aquella parte del ordenamiento jurídico que agrupa una serie de normas jurídicas que tratan de solucionar y ordenar aquellos conflictos que puedan surgir entre quienes se encuentren vinculados por relaciones de trabajo asalariado.

En consecuencia en el derecho del trabajo podemos distinguir dos sujetos perfectamente diferenciados el patrón, empleador o empresario y el trabajador. El primero es el que dirige la actividad y adquiere la propiedad del resultado de dicha actividad, mientras que el segundo es aquel que realiza una actividad de servicio y percibe una retribución a cambio. De estas figuras se tratará en el segundo epígrafe por constituir una especialidad del derecho laboral.

Estamos ante una materia que se ha vuelto sumamente prolífica y ello debido al incremento tanto del número de trabajadores como de la variedad de sus cualificaciones profesionales, y ello ha convertido al derecho laboral en un perfecto ejemplo de lo que en el estudio de la técnica y de los sistemas normativos se denomina fenómeno de "legal polution". Además debe añadirse otros colectivos como los trabajadores del sector público y la peculiaridad que supuso la irrupción de las empresas de trabajo temporal (en adelante ETT).

Por otra parte es necesario recalcar que el denominado derecho del trabajo o derecho laboral engloba toda una serie de disciplinas específicas como son: el derecho procesal laboral, el derecho individual del trabajo, el derecho colectivo de trabajo y el derecho administrativo del trabajo.

Con todo es cierto que se produce un giro copernicano con la promulgación de la vigente constitución de 27 de diciembre de 1978 que exigió la inmediata adaptación de la normativa precedente a su sistema de valores y principios que propugna y consagra y, finalmente, señalar que un proceso similar y que viene a cerrar el sistema o el ciclo tuvo lugar con la incorporación de España ala entonces denominada Comunidad Económica Europea (CEE) ahora comunidad europea y unión europea, el 12 de junio de 1986, ya que dicha incorporación, debido a los principios propios del derecho comunitario (primacía, efecto directo y acervo comunitario) han exigido igualmente la adaptación de la normativa de los estados miembros a sus reglamentos y directivas , así ha surgido el derecho laboral comunitario.

## **2. ESPECIALIDADES Y CARACTERÍSTICAS**

El derecho laboral, como se apuntó en el comienzo del tema, regula una parcela de la

actividad humana, y es la relativa al trabajo que se realiza libremente por cuenta ajena y en régimen de dependencia.

El tratamiento de la especialidad del derecho laboral exige partir de la exégesis del artículo 1 del Estatuto de los trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo(en adelante ET), que establece: *"La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario"*.

El ET considera empresarios a todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas a que aludía el A.1.1., así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

No obstante el ET excluye de su ámbito de aplicación:

- a) La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.
- b) Las prestaciones personales obligatorias.
- c) La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.
- d) Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.
- e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

f) La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma.

g) En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que define el apartado 1 de este artículo.

A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

Finalmente señalar que la legislación laboral española será de aplicación al trabajo que presten los trabajadores españoles contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero, sin perjuicio de las normas de orden público aplicables en el lugar de trabajo. Dichos trabajadores tendrán, al menos, los derechos económicos que les corresponderían de trabajar en territorio español.

También constituye una especialidad del derecho laboral los sujetos o partes intervinientes en la relación jurídico laboral, el trabajador y el empresario. Trabajador sólo puede serlo, a diferencia de lo que ocurre con el empresario, la persona natural o física. El ET rectifica oportunamente una larga tradición legislativa según la cual el trabajador se venía definiendo como una persona física o jurídica. Aunque el **art. 1.1** no especifica (como se hacía en el Proyecto de ley del ET) que el trabajador ha de ser necesariamente «persona física», sólo del empresario se predica la posible condición alternativa (persona física o jurídica), lo que significa que el trabajador se concibe exclusivamente como persona física.

Según el artículo 7 del ET podrán contratar la prestación de su trabajo:

a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil.

b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la

persona o institución que les tenga a su cargo.

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia

El **art. 6** regula el trabajo de los menores de dieciocho años, estableciendo ciertas limitaciones, como la prohibición del trabajo nocturno. Con carácter general se prohíbe la admisión al trabajo de menores de 16 años, debiendo ser autorizada por la autoridad laboral competente, su participación en espectáculos públicos.

Se pueden distinguir las siguientes clases de empresarios:

- 1)** Personas físicas, personas jurídicas y grupos sin personalidad.
- 2)** Pueden ser empresarios laborales tanto los individuos y entidades de derecho privado, como las de derecho público.
- 3)** Una singular modalidad de empresario la constituye el titular de una Empresa de Trabajo Temporal (**art. 1.2 ET**), sujetas a su regulación específica.

En cuanto a las características en stricto sensu del contrato de trabajo señalar que éste se configura como un negocio jurídico:

- a) *Bilateral.*** Se trata de una relación jurídica fundamentalmente bilateral, que genera obligaciones para ambas partes.
- b) *Consensual.*** El contrato de trabajo se perfecciona por el mero consentimiento, y desde entonces obliga a ambas partes que consintieron en su realización.
- c) *Típico y nominado.*** El contrato de trabajo está tipificado, es decir, regulado normativamente.
- d) *Sinalagmático.*** El contrato de trabajo contiene obligaciones recíprocas para ambas

partes.

**e) Oneroso.** El contrato de trabajo es oneroso porque ambas partes se benefician mutuamente, una de la prestación de servicios, la otra del salario, existiendo una equivalencia en las prestaciones de uno y otro.

**f) Conmutativo.** El contrato de trabajo es un contrato conmutativo porque la equivalencia de las prestaciones es cierta desde la perfección del contrato.

**g) De duración.** El contrato de trabajo puede ser indefinido o puede ser temporal. Pero no es ésta la característica a la que se refiere cuando se dice que el contrato de trabajo es de duración. El contrato de duración determina que el deudor, en este caso el trabajador, se compromete a una prestación a realizar no de forma instantánea, sino durante un período de tiempo indeterminado o previamente determinado.

### **3. LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO.**

En sentido material fuente es el lugar por donde sale o mana el agua. Desde una perspectiva jurídica el empleo del término fuente del derecho puede entenderse en un doble sentido que se complementa, bien como referido a las fuerzas sociales con capacidad para crear normas jurídicas, bien como categorías básicas a través de las que se exteriorizan esas normas jurídicas. En concreto al referirnos a las fuentes del derecho laboral se quiere hacer referencia a qué actos crean o producen derecho laboral.

Al referirnos a las fuentes del derecho laboral se suele distinguir entre fuentes de creación o producción del derecho laboral (fuentes en sentido propio, sustantivo o material) y fuentes formales (que son fuentes en sentido instrumental o traslativo).

El sistema de fuentes del derecho laboral presenta una peculiaridad notable en tanto que a los sujetos implicados, empresarios y trabajadores, se les dota, a través de sus respectivos representantes de la potestad de crear derecho, al ser fuente del derecho laboral el acuerdo o el convenio colectivo.

El propio tema genérico de las fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico español exige una reinterpretación a raíz de la promulgación de la vigente constitución y ello

porque debe advertirse que si bien es cierto que tradicionalmente el sistema de fuentes se contenía en el título preliminar del CC (artículo 1.1: las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho), también es cierto que ese precepto no se ha entendido derogado por la doctrina si no reinterpretado a la luz del principio de supremacía constitucional que coloca a nuestra carta magna en una posición superior a la de la ley; y esta es la base de la que se parte al estudiar las fuentes del derecho laboral como disciplina concreta del ordenamiento jurídico español.

Así también resulta que las fuentes del derecho laboral se encuentran jerarquizadas, cuestión cuyo estudio se aborda en el siguiente epígrafe.

Las fuentes del derecho laboral se encuentran reguladas en el artículo 3 del ET que establece que *Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:*

- a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.*
- b) Por los convenios colectivos.*
- c) Por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.*
- d) Por los usos y costumbres locales y profesionales.*

*Los usos y costumbres sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.*

*Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo.*

Recordar que ya el artículo 6.2 del título preliminar del Código Civil afirmaba que la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos

solo serán válidos cuando no contraríen el interés público ni perjudiquen a terceros, y en materia de sucesiones el mismo cuerpo legal dispone en el artículo 816 que toda renuncia o transacción sobre la legítima futura entre el que la debe y sus herederos forzosos es nula y éstos podrán reclamarla cuando muera aquel y al regular la prescripción en el artículo 1935, y en la misma línea, afirma que las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo y el 1937 concluye que: los acreedores o cualquier persona interesada en hacer valer la prescripción, podrán utilizarla a pesar de la renuncia expresa o tácita del deudor o propietario.

Así el artículo 4 del ET dispone que *Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de:*

- a) Trabajo y libre elección de profesión u oficio.*
- b) Libre sindicación.*
- c) Negociación colectiva.*
- d) Adopción de medidas de conflicto colectivo.*
- e) Huelga.*
- f) Reunión.*
- g) Información, consulta y participación en la empresa.*

*Y añade que en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:*

- a) A la ocupación efectiva.*
- b) A la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a su adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, así como al desarrollo de planes y acciones formativas tendentes a favorecer su mayor empleabilidad.*
- c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados,*



*por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español.*

*Tampoco podrán ser discriminados por razón de discapacidad, siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.*

*d) A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.*

*e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.*

*f) A la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida.*

*g) Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo.*

*h) A cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo.*

#### **4. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA**

El artículo 3 apartados 2 y 3 del ET continua diciendo que: *"Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar.*

*Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables".*

El principio de jerarquía normativa se consagra por la vigente constitución española de 27 de diciembre de 1978 (en adelante CE) en su artículo 9.3. y el Artículo 1.2 del CC establece que: *carecerán de validez las disposiciones que contradigan otras de rango*

*superior.* Dicho principio implica, por tanto, que entre las denominadas fuentes formales existe una determinada ordenación que es jerárquica porque unas son de aplicación prioritaria sobre otras, tal prioridad supone la nulidad de la norma de rango de inferior que se opone a otra de rango superior o pretende imponérsele.

En concreto la jerarquización de las fuentes del derecho laboral es la siguiente:

1. constitución
2. tratados internacionales publicados oficialmente en España
3. leyes y disposiciones con rango de ley
4. reglamentos
5. convenios colectivos
6. costumbres y usos locales o profesionales.

La constitución se configura como norma superior del ordenamiento jurídico en ese sentido se manifiesta el artículo 5 de la Ley Orgánica del poder judicial, LO 6/1985, de 1 de julio, (en adelante LOPJ) que afirma: *La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.*

Los tratados internacionales aparecen regulados en los artículos 93 a 96 de la CE y a su carácter de fuente hace referencia el artículo 1.5 del CC, que afirma que *las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el BOE.* En sentido similar el artículo 96 CE dispone que *los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de derecho internacional.*

Por lo que se refiere a las leyes y demás disposiciones con fuerza de ley únicamente señalar que se entienden incluidas las leyes orgánicas, las leyes ordinarias tanto estatales como autonómicas (que se distinguen aplicando el principio de competencia no el de jerarquía normativa), los reales decretos legislativos y los reales decretos leyes convalidados o durante ese período intermedio que abarca desde su adopción hasta la votación sobre su convalidación o derogación.

El reglamento alude a toda disposición jurídica de carácter general dictada por la administración pública y con valor subordinado a la ley y ello con independencia de que se trate de reglamentos independientes, ejecutivos o de necesidad.

El artículo 23.3 de la ley del gobierno, ley 50/1997, establece que *los reglamentos se ajustarán a las siguientes normas de competencia y jerarquía:*

1. *disposiciones aprobadas por Real decreto del presidente del gobierno o del consejo de ministros.*
2. *disposiciones aprobadas por orden ministerial. Ningún reglamento podrá vulnerar preceptos de otro de jerarquía superior.*

De los convenios colectivos se tratará en el próximo epígrafe y en cuanto a los usos o costumbres locales o profesionales recordar que sólo se aplicarán en defecto de disposiciones legales, convencionales o contractuales, a no ser que cuenten con una recepción o remisión expresa.

Hay que matizar que el sistema de relaciones laborales diseñado por el constituyente se encuadra en el ámbito del estado social y democrático de derecho por lo que junto a los derechos individuales tradicionalmente reconocidos en las constituciones se reconocen una serie de derechos de contenido social que implican una actuación por parte del estado en lo concerniente al empleo en general y las condiciones de trabajo en particular.

Además hay que destacar que dentro del reconocimiento de intereses colectivos de trabajadores y empresarios se regulan por considerarlos merecedores de una especial protección los sindicatos (artículo 7) y junto a libertad sindical se reconoce y regula igualmente el derecho de huelga (artículo 28) así como el derecho a la negociación

colectiva laboral (artículo 37).

Con todo es importante recoger tres puntos esenciales que definen la posición del Tribunal Constitucional en la interrelación derechos individuales-derechos colectivos:

- No puede defenderse la existencia de un genérico deber de lealtad a cargo del trabajador con un significado de sujeción indiferenciada del trabajador al interés empresarial.
- la celebración de un contrato de trabajo no implica para el trabajador la privación de los derechos que la propia constitución le reconoce como ciudadano.
- y finalmente destacar que lo anterior no significa que la invocación de un derecho fundamental pueda servir para justificar la imposición al empresario de modificaciones de la concreta relación contractual, o la ruptura del correspondiente marco normativo o el incumplimiento de los deberes laborales del trabajador.

## **5. LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO: CONCEPTO Y NATURALEZA. RÉGIMEN JURÍDICO. PARTES. PROCEDIMIENTO Y CONTENIDO.**

Se encuentran regulados en el TÍTULO III del ET bajo la rúbrica: “De la negociación colectiva y de los convenios colectivos”.

El **artículo 82 ET** define los convenios colectivos como el *“resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva”*.

Por tanto mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad e igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

Y establece que mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten.

Además los precitados convenios colectivos obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo, se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta ley.
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se

produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo.

Cuando el período de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. El acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa. El acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa. Asimismo, el acuerdo deberá ser notificado a la comisión paritaria del convenio colectivo.

En caso de desacuerdo durante el período de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Cuando el período de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos antes señalados o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva

Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado ad hoc por ellos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

El resultado de los procedimientos anteriores que haya finalizado con la inaplicación de condiciones de trabajo deberá ser comunicado a la autoridad laboral a los efectos de depósito.

Al respecto debe ponerse de manifiesto que, como ha señalado la STC 119/2014 de 16 de julio, publicada en el BOE número 198 de 15 de agosto de 2014 :

*“(...) en el supuesto regulado en el art. 82.3 ET, lo que se pretende por una de las partes es la inaplicación de determinadas condiciones de trabajo en los términos previstos en el convenio colectivo aplicable y, por tanto, su modificación para una empresa concreta”.*

La precitada Sentencia declara constitucional el apartado 3, párrafo octavo, según interpretación contenida en el fundamento jurídico 5 B de la misma, señalando a tal respecto que:

*“En el caso de la intervención decisoria o arbitral que ahora nos ocupa, la norma impugnada determina que la decisión de la CCNCC o del órgano autonómico correspondiente, ya sea adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por dichos órganos con las debidas garantías de imparcialidad, “sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91” LET. Su apartado 2 determina que “Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos. Específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se*



*hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión”. A su vez, esa remisión a los motivos y procedimientos establecidos para los convenios colectivos conlleva la posibilidad de impugnación judicial por considerar que la decisión o laudo arbitral “conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros” (...). En consecuencia, el conjunto de estas previsiones permite concluir que el art. 82.3 ET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral de la CCNCC o del órgano autonómico correspondiente a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje. (...).*

*A partir de esta regulación normativa, no cabe excluir que esa intervención judicial derivada del art. 82.3 LET permita a los tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral en aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional. Así entendida, por tanto, la intervención de la CCNCC u órgano autonómico correspondiente prevista en la norma impugnada -con carácter subsidiario, como ya se dijo-, en cuanto trámite previo al proceso es plenamente compatible con el art. 24.1 CE; en ningún caso excluye el ulterior conocimiento jurisdiccional de la cuestión y su fin resulta proporcionado y justificado, (...).“*

## **REGIMEN JURÍDICO**

El artículo 83 señala, en cuando a las unidades de negociación, que los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.

Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. Estas cláusulas también pueden pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria.

Estas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán también elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a los



que nos hemos referido tienen el mismo tratamiento que los convenios colectivos

En cuanto a la concurrencia, el artículo 84 ET dispone que: *un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario* negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2 y salvo lo previsto en el apartado siguiente.

Y así, en cuanto a tal excepción, dispone el ET que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, puede negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, y tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1.

Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa que acabamos de señalar.

Salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación. En tal supuesto, y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el artículo 83.2, se considerarán materias no negociables en el ámbito de una Comunidad Autónoma el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

Por lo que respecta a la vigencia de los convenios hay que estar al tenor de lo dispuesto por el **Artículo 86** que entiende que corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio.

Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión.

Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes.

La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 , se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 . Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan.

## **CONTENIDO**

El contenido lo establece el artículo 85 del ET que afirma que: *dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40 , 41 , 47 y 51 de esta Ley; los laudos arbitrales que a estos efectos puedan dictarse tendrán la misma eficacia y tramitación que los acuerdos en el período de consultas, siendo susceptibles de impugnación en los mismos términos que los laudos dictados para la solución de las*

*controversias derivadas de la aplicación de los convenios.*

Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad (con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del Título IV de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

A través de la negociación colectiva se podrá:

- articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos, en el ámbito correspondiente.

- asimismo, sin perjuicio de la libertad de contratación que se reconoce a las partes, a través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma:

- a) En los convenios colectivos de **ámbito empresarial**, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios.

- b) En los convenios colectivos de **ámbito superior a la empresa**, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad.

Sin perjuicio de la libertad de contratación, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente:

- a) Determinación de las partes que los conciertan.

- b) Ámbito personal, funcional, territorial y temporal.

- c) Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3 ,

adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo.

d) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia.

e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como el establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 .

## **PARTES DEL CONVENIO**

El **artículo 87 ET** regula la denominada legitimación que se concreta en la determinación de quienes pueden ser parte en el convenio colectivo. Así determina que en representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar **en los convenios de empresa y de ámbito inferior**, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Cuando se trate de **convenios para un grupo de empresas**, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 de este artículo para la negociación de los convenios sectoriales.

En los **convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico**, estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre,

directa y secreta.

En los **convenios sectoriales** estarán legitimados para negociar en representación de los trabajadores:

a) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel estatal, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

b) Los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de Comunidad Autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.

c) Los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

En representación de los empresarios estarán legitimados para negociar:

a) En los **convenios de empresa o ámbito inferior**, el propio empresario.

b) En los **convenios de grupo de empresas** y en los que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la representación de dichas empresas.

c) En los **convenios colectivos sectoriales**, las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por ciento de los empresarios y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados.

En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal,

así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores.

Asimismo estarán legitimados en los convenios de ámbito estatal los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos (conforme a lo previsto en el artículo 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical), y las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma (que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta de esta Ley).

Todo sindicato, federación o confederación sindical, y toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora.

Por su parte el **Artículo 88** regula la comisión negociadora, estableciendo al respecto que *el reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados y en proporción a su representatividad.*

La comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

En aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma.

En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del artículo 87.3 c) .

En los supuestos precitados el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o

empresariales en el ámbito territorial de la negociación.

La designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras, quienes de mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán, igual que el presidente, con voz pero sin voto.

En los convenios sectoriales el número de miembros en representación de cada parte no excederá de quince. En el resto de los convenios no se superará el número de trece.

Pero si la comisión negociadora optara por la no elección de un presidente, las partes deberán consignar en el acta de la sesión constitutiva de la comisión los procedimientos a emplear para moderar las sesiones y firmar las actas que correspondan a las mismas un representante de cada una de ellas, junto con el secretario.

## **PROCEDIMIENTO**

- Tramitación, aplicación e interpretación

El **Artículo 89** afirma que *la representación de los trabajadores, o de los empresarios, que promueva la negociación, lo comunicará a la otra parte, expresando detalladamente en la comunicación, que deberá hacerse por escrito, la legitimación que ostenta de conformidad con los artículos anteriores, los ámbitos del convenio y las materias objeto de negociación*. Si la promoción es el resultado de la denuncia de un convenio colectivo vigente, la comunicación deberá efectuarse simultáneamente con el acto de la denuncia (de esta comunicación se enviará copia, a efectos de registro, a la autoridad laboral correspondiente en función del ámbito territorial del convenio).

La parte receptora de la comunicación sólo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente. Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe.

Si se produjeran violencias, tanto sobre las personas como sobre los bienes y ambas



partes comprobaran su existencia, quedará suspendida de inmediato la negociación en curso hasta la desaparición de aquéllas.

En el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación, se procederá a constituir la comisión negociadora; la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes establecerán un calendario o plan de negociación.

Los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones.

En cualquier momento de las deliberaciones, las partes podrán acordar la intervención de un mediador designado por ellas.

En cuanto a su validez dispone el ET que *los convenios colectivos a que se refiere esta Ley han de efectuarse por escrito, bajo sanción de nulidad.*

Los convenios deberán ser presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro, dentro del plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Una vez registrado, será remitido al órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente para su depósito.

En el plazo máximo de veinte días desde la presentación del convenio en el registro se dispondrá por la autoridad laboral su publicación obligatoria y gratuita en el «Boletín Oficial del Estado» o, en función del ámbito territorial del mismo, en el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma» o en el «Boletín Oficial» de la provincia correspondiente.

El convenio entrará en vigor en la fecha en que acuerden las partes.

Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes, además la autoridad laboral velará por el respeto al principio de igualdad en los convenios colectivos que pudieran contener discriminaciones, directas o indirectas, por razón de sexo; para ello podrá recabar el asesoramiento del Instituto de la

Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial. Cuando la autoridad laboral se haya dirigido a la jurisdicción competente por entender que el convenio colectivo pudiera contener cláusulas discriminatorias, lo pondrá en conocimiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 95 de la Ley de Procedimiento Laboral.

El **Artículo 91** trata de la aplicación e interpretación del convenio colectivo, así dice que: *sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción competente, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos.*

No obstante en los convenios colectivos y en los acuerdos regulados por el artículo 83.2 y 3 ET, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrán la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos regulados en la presente Ley, siempre que quienes hubiesen adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo.

Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos. Específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión.

En los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales a que se refiere el apartado anterior o ante el órgano judicial competente.

Las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en

la presente Ley.

Los procedimientos de solución de conflictos a que se refiere este artículo serán, asimismo, de aplicación en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos.

- Adhesión y extensión

El **Artículo 92** afirma que: *en las respectivas unidades de negociación, las partes legitimadas para negociar podrán adherirse, de común acuerdo, a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectadas por otro, comunicándolo a la autoridad laboral competente a efectos de registro.*

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, podrán extender las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad, por los perjuicios derivados para los mismos de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo de los previstos en este Título III ET, debida a la ausencia de partes legitimadas para ello.

La decisión de extensión se adoptará siempre a instancia de parte y mediante la tramitación del procedimiento que reglamentariamente se determine, cuya duración no podrá exceder de tres meses, teniendo la ausencia de resolución expresa en el plazo establecido efectos desestimatorios de la solicitud.

Tendrán capacidad para iniciar el procedimiento de extensión quienes se hallen legitimados para promover la negociación colectiva en el ámbito correspondiente (ex artículos 87.2 y 3 ET).

Por otra parte resulta obligado significar que si bien, como afirma la exposición de motivos del Decreto 7/2011, de 10 de junio (BOE nº 139, de 11 de junio), el sistema de negociación colectiva existente en España procede fundamentalmente de la regulación contenida en el texto inicial del Estatuto de los Trabajadores aprobado en 1980 , en cumplimiento del artículo 35.2 de la Constitución , y de las prácticas de negociación desarrolladas en los últimos treinta años por los empresarios, por los trabajadores y,

particularmente, por las organizaciones representativas de sus intereses, organizaciones empresariales y sindicatos y que el título III del Estatuto de los Trabajadores , referido a la negociación colectiva y a los convenios colectivos, fue redactado teniendo bien presentes preceptos de la Constitución como el artículo 7 , (donde se reconoce a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales como una de las bases de nuestro sistema político, económico y social); el artículo 28 , (en el que se reconocen la libertad sindical y el derecho de huelga); y el artículo 37.2 , (donde se afirma que la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos); debe recordarse, también, que el título III del Estatuto de los Trabajadores tuvo su origen en el primer acuerdo interprofesional del período constitucional, el Acuerdo Básico Interconfederal firmado el 10 de julio de 1979, también es cierto que el precitado título III del Estatuto de los Trabajadores de 1980 ha sido objeto de reformas desde entonces, si bien éstas no han sido ni tan numerosas ni tan intensas como las realizadas en el resto del articulado de la norma estatutaria. La más importante de las reformas realizadas en el indicado título III fue la llevada a cabo por la Ley 11/1994 que supuso que espacios hasta entonces reservados a la regulación legal pasaran a la regulación colectiva.

El sistema de negociación colectiva en España se ha caracterizado por cierta estabilidad y continuidad en el tiempo, lo que ha generado junto a efectos muy positivos (como el asentamiento de un modelo de relaciones laborales y de negociación colectiva que, pese a diseñarse para una realidad económica y sociolaboral radicalmente diferente de la existente en el momento de su aprobación, ha ido adaptándose a unas circunstancias económicas, sociales y del empleo en constante proceso de cambio) algunas disfunciones que le restan eficiencia (particularmente éstas se concretan en la capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales).

Una parte de esos problemas tienen que ver con la estructura de la negociación colectiva, entendida como la ordenación de las relaciones entre la pluralidad de unidades de negociación existentes, destacando los autores como características de nuestro sistema de negociación colectiva su excesiva atomización junto a una clara desvertebración (por su

falta de orden o por la ausencia de reglas claras sobre la concurrencia entre los convenios colectivos de distinto ámbito y las materias en ellos reguladas).

Un segundo grupo de problemas de nuestra negociación colectiva tiene que ver con sus contenidos y su agilidad y dinamismo. Nuestro modelo de convenios colectivos tiene dificultades para ajustar con prontitud las condiciones de trabajo presentes en la empresa a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviesa aquélla en los diferentes momentos del ciclo o de la coyuntura económica. Así a diferencia de lo que sucede habitualmente en otros países, los ajustes no se han producido incidiendo sobre los salarios o sobre la jornada de trabajo, sino a través de la adopción de medidas de flexibilidad externa, más traumáticas, como los despidos. La mencionada falta de agilidad y dinamismo destaca en particular cuando finaliza la vigencia pactada de los convenios colectivos (ya que una vez denunciados, los convenios tardan en empezarse a negociar, las negociaciones se dilatan en el tiempo y se producen situaciones de paralización y bloqueo).

Por último, el sistema de negociación colectiva presentaba otros problemas relacionados con quienes negocian los convenios colectivos, con las denominadas reglas de legitimación. Así, esas reglas se han mantenido sin modificaciones en el tiempo, de manera que tendencias presentes en nuestro mercado de trabajo como la aparición de nuevas realidades empresariales, las diferentes formas de organización y reestructuración de las empresas o la descentralización productiva no se han visto acompañadas de reformas que propiciaran el desarrollo de la negociación colectiva en todos esos ámbitos.

Sin duda, son las consideraciones anteriormente expuestas las que llevaron al legislador a incluir en la **Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo**, una disposición en la que se emplazaba al Gobierno a promover las iniciativas legislativas que correspondieran para la reforma de la negociación colectiva en los términos que, en ejercicio de la autonomía colectiva, fueran acordados por los interlocutores sociales. En defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, señala esa disposición, en un plazo de seis meses que venció el pasado 18 de marzo, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales, debía adoptar las iniciativas que correspondieran para abordar diversos

aspectos que configuran el actual sistema de negociación colectiva.

Iniciado el proceso de diálogo social bipartito al empezar 2011, las organizaciones suscribieron el «**Acuerdo de criterios básicos para la reforma de la negociación colectiva**», que fue incorporado al **Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones**, que suscribieron en la misma fecha junto con el Gobierno. En el citado Acuerdo de criterios básicos, las organizaciones firmantes se comprometieron al desarrollo de un proceso de negociación y a suscribir un acuerdo interconfederal en el que se incorporaran los acuerdos de reforma de la negociación colectiva. Desde febrero hasta mayo de 2011, CEOE, CEPYME, CC.OO. y UGT han desarrollado un intenso proceso de negociación bipartita para la reforma de la negociación colectiva.

La presente reforma de la negociación colectiva pretende abordar las disfunciones antes apuntadas, pero quiere hacerlo respetando plenamente los elementos esenciales de nuestro sistema de negociación colectiva y, singularmente, respetando la autonomía colectiva. Con esta premisa básica, puede afirmarse que los objetivos principales de la reforma de la negociación colectiva son los siguientes:

1º/ favorecer una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica.

2º/ introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en la negociación colectiva, tanto en los procesos de negociación de los convenios colectivos como en sus contenidos, de manera que se aumente su capacidad de adaptabilidad a los cambios en la situación económica y sociolaboral en unos términos que equilibren flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores.

3º/ adaptar el sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales que actúan en nuestro mercado de trabajo, incluyendo nuevas reglas de legitimación para la negociación de los convenios colectivos y para favorecer la flexibilidad interna negociada con los representantes de los trabajadores.

Se trata, afirma la precitada EM, en resumen, de una reforma de la negociación colectiva para que haya más y mejor negociación colectiva, más ordenados y mejores convenios colectivos, de forma tal que puedan cumplir de forma más útil y eficaz su función de regulación de las relaciones laborales y de las condiciones de trabajo y contribuir, a corto, medio y largo plazo, al crecimiento de la economía española, a la mejora de la competitividad y de la productividad en las empresas españolas y, por ello, al crecimiento del empleo y la reducción del desempleo.

A la vista de los indicados objetivos, la arquitectura de la reforma del sistema de negociación colectiva se puede afirmar que, según la resulta de la regulación ya expuesta, se asienta sobre tres ejes básicos: la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios colectivos; las nuevas reglas sobre el contenido y vigencia de los convenios colectivos y, en tercer lugar, una mejor y más completa definición de los sujetos que han de negociar los convenios y de las reglas de legitimación en cada caso, según el ámbito de que se trate.

Finalmente destacar la **creación del CONSEJO DE RELACIONES LABORALES Y DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA, incorporando al ET una D.F. 2ª del por Real Decreto – Ley 7/2011** (*Se crea el Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva como órgano colegiado de consulta y asesoramiento, adscrito al Ministerio de Trabajo e Inmigración, de carácter tripartito y paritario e integrado por representantes de la Administración General del Estado, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.*

*El Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva desarrollará las siguientes funciones:*

*a) Conocer anualmente el programa de actuación en materia de relaciones laborales a desarrollar por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.*

*b) Las funciones de relación entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Fundación Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, que, en todo caso, mantendrá su carácter bipartito según lo establecido en el IV Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos del 10 de febrero de 2009 o los que lo sustituyan.*



*c) El asesoramiento y consulta en las cuestiones referentes al planteamiento y determinación de los ámbitos funcionales de los convenios colectivos y el dictamen preceptivo en el procedimiento administrativo de extensión de convenios colectivos, en los términos establecidos reglamentariamente.*

*d) La elaboración de un informe anual sobre negociación colectiva, salarios y competitividad, a partir del análisis y estudio de la información estadística disponible y de los indicadores públicos sobre los datos y previsiones de la actividad económica general y sectorial, a nivel nacional y de Comunidad Autónoma, utilizando información comparable con la de otros países, particularmente de la Unión Europea.*

*e) El estudio, información y elaboración de documentación sobre la negociación colectiva, así como la difusión de la misma, mediante un Observatorio de la Negociación Colectiva, integrado en el propio Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva, y que desarrollará, entre otros, los siguientes cometidos:*

*1.º La realización y el mantenimiento de un Mapa de la Negociación Colectiva, que refleje de forma sistemática, ordenada y detallada la totalidad de convenios colectivos existentes en España, con la finalidad de obtener información útil y actualizada, de acceso público, sobre su vigencia y efectos.*

*2.º La realización de informes anuales, de carácter general o sectorial, sobre la situación de la negociación colectiva en España desde una perspectiva jurídica y económica que, sin perjuicio de la autonomía colectiva, puedan resultar de utilidad para los interlocutores sociales para determinar los contenidos de la negociación colectiva.*

*f) Cualesquiera otras que le sean atribuidas mediante norma con rango legal o reglamentario.*

*Con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 y previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, el Gobierno adoptará las disposiciones reglamentarias necesarias para regular la constitución, organización y funcionamiento del Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva).*

Por otro lado, no puede tampoco dejar de hacerse referencia a la Ley 3/2012, de 6 de



julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (publicada en el BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012), que recoge una completa reforma laboral debiendo destacar, en materia de negociación colectiva, la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, la prioridad que se otorga al convenio colectivo de empresa y el régimen de ultractividad de los convenios colectivos.

**CRISTINA CASTROVIEJO OJEA**

LCDA. EN DERECHO. CUERPO SUPERIOR DE LA  
ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

**ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA**

LCDA. EN DERECHO  
LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 3**

# **EL CONTRATO DE TRABAJO. CONCEPTO. NATURALEZA. SUJETOS. FORMA. CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO.**

### **TEMA 3. EL CONTRATO DE TRABAJO. CONCEPTO. NATURALEZA. SUJETOS. FORMA. CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO.**

El legislador no proporciona un concepto legal del contrato de trabajo, en cualquier caso es habitual en la doctrina partir del tenor del artículo 1 del Estatuto de los trabajadores aprobado por **Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo**, (en adelante ET) que establece: *"La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario"*. **Alonso Olea** lo define como aquel contrato que liga al trabajador que voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario" y, **Molina Navarrete** se refiere al contrato de trabajo como la expresión formal del acuerdo libremente adoptado entre una persona (el trabajador) que presta sus servicios por cuenta y bajo la dependencia o subordinación de otra (el empresario) a cambio de una retribución (o salario).

Desde una perspectiva jurídica puede afirmarse que el contrato de trabajo fue regulado por primera vez en el **Código de Trabajo de Primo de Rivera de 1926**, aunque habría que esperar hasta la **Ley de Contrato de Trabajo de 1931** para que apareciera como institución jurídica diferenciada del contrato de arrendamiento de servicios.

Es por tanto necesario distinguir el contrato de trabajo de una serie de figuras que podríamos denominar figuras afines; así, se distingue el contrato de trabajo del de arrendamiento de servicios, definido en el **artículo 1.544 del Código civil**, (*en el arrendamiento de obras o de servicios una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto*), en consecuencia a pesar de poder coincidir en la nota de ajenidad y de coincidir en la de retribución, no concurre en el contrato de arrendamiento de servicios la nota de dependencia. Del mismo modo se distingue del contrato de arrendamiento o ejecución de obra, definido en el **artículo 1.588 del Código civil** (*puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material*),

en que el objeto del contrato de trabajo es el trabajo, mientras que en el contrato de arrendamiento o ejecución de obra es el resultado final conseguido o elaborado, y no concurre además la nota de dependencia.

Otra figura afín podría ser el mandato definido en el **artículo 1.709 y siguientes del Código civil** (*por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa por cuenta o encargo de otra*) y ambas figuras se diferencian en que el contrato de trabajo es siempre retribuido y la prestación del trabajo es personal y se realiza por cuenta del empleador, mientras que el contrato de mandato puede ser gratuito, se actúa en nombre de tercero y suelen repercutir los resultados de la actividad en su esfera jurídica y en que no existe dependencia.

Desde una perspectiva positiva se destacan las notas características del contrato de trabajo: el objeto del contrato es la prestación de *servicios retribuidos*, ello supone en cuanto a los **servicios**, que la deuda contractual del trabajador es una deuda de actividad y no de resultado, a lo que el trabajador se obliga es a «prestar servicios». El trabajador compromete *sus* servicios, lo que quiere decir que se obliga a trabajar personalmente (*intuitu personae*). Por tanto la posibilidad de sustitución, con independencia de que se encuentre remunerada o no, contradice el carácter personalísimo de la prestación del trabajador. Por otra parte destacar que los servicios que presta el trabajador los realiza a cambio de una remuneración o salario, que constituye el objeto de la obligación del empresario. Así tenemos que la obligación de abonar el salario deriva directamente de la prestación del trabajo y es independiente de las satisfacciones o beneficios que la prestación procure al empresario, “remuneración pactada”, remuneración que según convenio corresponda”, etc. Se trata de una obligación, la de abono del salario, que se impone al empresario en todo caso. En este sentido puede decirse que la ajenidad en los riesgos también distancia el contrato de trabajo de los societarios.

Los servicios se prestan voluntariamente; ya el **artículo 1254 CC** destaca la nota de la voluntariedad cuando afirma que *el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o a prestar algún servicio*.

Por tanto servicios y salarios se prestan y se pagan porque trabajador y empresario se han obligado a ello en virtud del contrato.

Finalmente destacar que los servicios se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de quien paga los salarios, como dispone el A.1. ET precitado.

En resumen caracterizan al contrato de trabajo: la voluntariedad, la ajeneidad, la dependencia y la retribución.

Adoptando un punto de vista negativo reseñar que el propio ET en su **artículo 1.3** afirma que no se consideran contratos de trabajo los siguientes:

- a) La relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una Ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias.
- b) Las prestaciones personales obligatorias.
- c) La actividad que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa sólo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo.
- d) Los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.
- e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.
- f) La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma.
- g) En general, todo trabajo que se efectúe en desarrollo de relación distinta de la que

define el apartado 1 de este artículo.

A tales efectos se entenderá excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

## **2. NATURALEZA**

El contrato de trabajo se configura como un negocio jurídico caracterizado por las siguientes notas:

- Bilateral. Se trata de una relación jurídica fundamentalmente bilateral, que genera obligaciones para ambas partes.
- Consensual. El contrato de trabajo se perfecciona por el mero consentimiento, y desde entonces obliga a ambas partes que consintieron en su realización.
- Típico y nominado. El contrato de trabajo está tipificado, es decir, regulado normativamente.
- Sinalagmático. El contrato de trabajo contiene obligaciones recíprocas para ambas partes.
- Oneroso. El contrato de trabajo es oneroso porque ambas partes se benefician mutuamente, una de la prestación de servicios, la otra del salario, existiendo una equivalencia en las prestaciones de uno y otro.
- Conmutativo. El contrato de trabajo es un contrato conmutativo porque la equivalencia de las prestaciones es cierta desde la perfección del contrato.
- De duración. El contrato de trabajo puede ser indefinido o puede ser temporal. Pero ello lo que determina es que el deudor, aquí el trabajador, se compromete a una prestación que va a realizar no de forma instantánea, sino durante un período de tiempo

indeterminado o previamente determinado.

Además y en cuanto expresión de la autonomía de la voluntad, se trata de un contrato de naturaleza constitutiva, ya que estamos ante un negocio jurídico creador de una relación jurídica de trabajo, y es regulador, toda vez que constituye una fuente de regulación de intereses, aunque debido a su naturaleza eminentemente reglada lo sea con un carácter menor o restringido.

Por otro lado, puede distinguirse entre relaciones laborales de naturaleza ordinaria y otras de naturaleza especial, derivada de las propias previsiones normativas. Así el **Artículo 2 del ET** establece que Se considerarán relaciones laborales de carácter especial:

- a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3 c).
- b) La del servicio del hogar familiar.
- c) La de los penados en las instituciones penitenciarias.
- d) La de los deportistas profesionales.
- e) La de los artistas en espectáculos públicos.
- f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.
- g) La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo.
- h) La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas.
- i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.

### **3. SUJETOS**

Los sujetos del contrato de trabajo son dos, el trabajador y el empleador, patrón o

empresario. El primero necesariamente será una persona física y el segundo podrá ser persona física o persona jurídica o incluso la legislación permite que sea empresario determinadas entidades sin personalidad o con personalidad limitada, cuyos responsables se concretarán en quienes figuren como sus representantes, promotores o gestores.

Como en cualquier contrato el ordenamiento requiere que concurra tanto en el trabajador como en el empresario el requisito de capacidad, por tanto que ambos tengan aptitud para que el negocio jurídico que pretenden llevar a cabo sea eficaz.

A efectos de determinar si concurre o no en una persona física la nota de capacidad debe examinarse el requisito de la edad ya que se exige haber cumplido determinada edad para entender que se goza de capacidad de obrar. La capacidad de obrar del trabajador la regula el ET en sus artículos 6 que establece que se prohíbe la admisión al trabajo de los menores de 16 años.

Además los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana y también se les prohíbe realizar horas extraordinarias.

Si bien se prevé la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos cuando excepcionalmente sea autorizada por la autoridad laboral y siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana. Se requiere constancia escrita del permiso.

Al analizar la capacidad debe hacerse referencia al artículo 7 ET, el cual dispone que podrán contratar la prestación de su trabajo:

a) Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil , artículos 199 y siguientes, Así baste recordar que el **artículo 199 CC** (*"Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley"*), art. **200 CC** (*"Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias*



*persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma*”) y artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, al señalar este que la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado

b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.

c) Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia.

De acuerdo con el contenido de estos preceptos (artículos 6 y 7 del ET), cabe distinguir las siguientes situaciones:

Situación de incapacidad: supone la de falta de aptitud para celebrar el contrato como trabajador (la de aquellas personas que no alcanzasen los 16 años de edad. Un contrato celebrado por un menor es, por consiguiente, nulo de pleno derecho.

Por otra parte también se prevé una situación de capacidad limitada: de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.b) ET, podrán contratar la prestación de su trabajo “los menores de 18 y mayores de 16 años (...) con autorización de la persona o institución que los tenga a su cargo”.

Finalmente tenemos la situación de capacidad plena: en derecho español poseen esta capacidad, “los que tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código civil” (por ejemplo, los que tuviesen 18 años según el **artículo 315** de esta última norma y no estén incapacitados por sentencia).

Además de la capacidad considerada estricto sensu existen otros requisitos impuestos por ley, entendida en sentido lato, y que se concretarían, por ejemplo, en la posesión de un

título profesional expedido por instituciones facultadas al efecto.

Los convenios colectivos incluyen muy frecuentemente, entre las categorías o grupos profesionales de los colectivos de referencia las de titulados superiores o medios, licenciados y similares. Son justamente esas categorías o grupos (la pertenencia a ellos) los que requieren la posesión del título profesional específico legalmente exigido para el desempeño lícito de sus funciones. Si bien es necesario recordar que al venir tal requisito o condición exigido por convenio colectivo y no por ley, hay jurisprudencia que sostiene que tal incumplimiento ni invalida el contrato ni impide el desempeño de la función laboral correspondiente (STC del TS de 29 - marzo - 2003).

Requisito adicional al de titulación puede ser el de colegiación, que es obligatoria para el ejercicio de algunas profesiones.

Finalmente por lo que se refiere a la concurrencia de la nota de capacidad en el empleador, patrón o empresario recordar que éste puede revestir la forma de persona jurídica y que el empleador no se compromete por el contrato de trabajo a una prestación personal o intuitu personae. Cuando el empresario es persona jurídica su capacidad de obrar queda validamente constituida conforme a lei por la que se rija. Por tanto la norma aplicable en cada caso, según el tipo de persona jurídica de que se trate, determinará las condiciones precisas para la adquisición de la personalidad jurídica; así, será preciso recurrir a la normativa correspondiente según se trate de corporaciones, asociaciones, fundaciones, sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc. Aunque si se tratase de comunidades de bienes serían una serie de personas físicas (sus apoderados, directivos, etc) quienes realizarían los actos derivados del contrato.

Para el supuesto de que el empleador sea persona física se le reconoce capacidad al cumplir los 18 años de edad tal y como establece el **A. 315 del CC** aunque hay que reseñar que el menor de edad puede celebrar contrato laboral por medio de representante legal pero produciendo efectos en la esfera jurídica del menor.

No se puede olvidar que es requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato la prestación del consentimiento de las partes, tal y como resulta ya del **artículo 1262 del CC** *"el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta e de la aceptación sobre*

*la cosa y la causa que deben constituir el contrato". A su vez el precitado consentimiento puede haberse prestado válidamente o resultar viciado , así el **A.1265 del CC** dice que "será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo". En cuanto al error el **artículo 1.266** afirma que para que tal vicio invalide el consentimiento "deberá recaer sobre la substancia de la cosa que fuese objeto de contrato o sobre aquellas condiciones de ella que principalmente diesen motivo a celebrarlo. El error sobre la persona solo invalidará el contrato cando la consideración a ella fuese la causa principal de éste". Esta previsión expresa do artigo puede llegar a tener especial relevancia en el ámbito del contrato laboral si recae sobre la persoa del trabajador o sobre sus cualidades. Por lo que se refiere a los supuestos de violencia e intimidación es aplicable el **A. 1.267 CC**: "Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible. Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes". Finalmente en cuanto a la concurrencia del dolo hay que estar al tenor del **A.1.269 CC** que precisa que este existe cuando "con palabras o maquinaciones insidiosas de parte dun dos contratantes, é inducido o outro a celebrar un contrato que, sen elas, non tería feito" y el artículo 1270 añade que, "para que o dolo reduza a nulidade dos contratos, deberá ser grave e non ter sido empregado polas dúas partes contratantes".*

#### **4. Forma**

Se regula en el **artículo 8 del ET** que dispone que el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra y que se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.

Deben constar por escrito los contratos de trabajo cuando así lo exija una disposición legal y, en todo caso, los de prácticas y para la formación y el aprendizaje, los contratos a tiempo parcial, fijos-discontinuos y de relevo, los contratos para la realización de una obra o servicio determinado, los de los trabajadores que trabajen a distancia y los contratados en España al servicio de empresas españolas en el extranjero y los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas. De no observarse tal

exigencia, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios.

El empresario entregará a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de relación laboral especial de alta dirección sobre los que se establece el deber de notificación a la representación legal de los trabajadores.

Para comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente, esta copia básica contendrá todos los datos del contrato a excepción del número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil, y cualquier otro que, de acuerdo con la **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo**, pudiera afectar a la intimidad personal.

La copia básica se entregará por el empresario, en plazo no superior a diez días desde la formalización del contrato, a los representantes legales de los trabajadores, quienes la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega.

Posteriormente, dicha copia básica se enviará a la oficina de empleo. Cuando no exista representación legal de los trabajadores también deberá formalizarse copia básica y remitirse a la oficina de empleo.

Los representantes de la Administración, así como los de las organizaciones sindicales y de las asociaciones empresariales, que tengan acceso a la copia básica de los contratos en virtud de su pertenencia a los órganos de participación institucional que reglamentariamente tengan tales facultades, observarán sigilo profesional, no pudiendo utilizar dicha documentación para fines distintos de los que motivaron su conocimiento.

Cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato se formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral.

Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y

condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.

La validez del contrato de trabajo se regula también en el ET (A. 9) que establece que si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados. Si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones.

En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido.

## **5. Contenido y régimen jurídico**

Del contrato de trabajo derivan obligaciones para ambas partes, tales obligaciones son el objeto inmediato del contrato y al tiempo aquellas presentan un objeto constituido por las prestaciones de las partes, que es a lo que estás están obligadas. De aquí que al examinar el contenido del contrato laboral se proceda al estudio de las prestaciones correspondientes a cada una de las partes o sujetos del contrato, teniendo en cuenta que por prestación se entiende el conjunto de derechos y deberes de los que gozan y que se imponen al trabajador y al empresario.

### Prestaciones del trabajador

La prestación de servicios es la obligación esencial que para el trabajador deriva del contrato de trabajo. La prestación básica del trabajador consiste en trabajar; «el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido» **(artículo 20.1 ET)**.

La regulación de la prestación de trabajar incluye pues la referencia a las condiciones de trabajo en sentido estricto y propio.

lugar de la prestación; en este ámbito han de aplicarse las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo, que son objeto de estudio particularizado en otro tema del programa y sobre movilidad funcional y espacial del trabajador. Al respecto los artículos 39 y 40 del

ET establecen que:

La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador.

La movilidad funcional para la realización de funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes al grupo profesional sólo será posible si existen, además, razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención. El empresario deberá comunicar su decisión y las razones de ésta a los representantes de los trabajadores.

En el caso de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por un período superior a seis meses durante un año u ocho durante dos años, el trabajador podrá reclamar el ascenso, si a ello no obsta lo dispuesto en convenio colectivo o, en todo caso, la cobertura de la vacante correspondiente a las funciones por él realizadas conforme a las reglas en materia de ascensos aplicables en la empresa, sin perjuicio de reclamar la diferencia salarial correspondiente siendo estas acciones acumulables. Contra la negativa de la empresa, y previo informe del comité o, en su caso, de los delegados de personal, el trabajador podrá reclamar ante la jurisdicción social. Mediante la negociación colectiva se podrán establecer períodos distintos de los expresados en este artículo a efectos de reclamar la cobertura de vacantes.

Además, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo en los casos de encomienda de funciones inferiores, en los que mantendrá la retribución de origen. No cabrá invocar las causas de despido objetivo de ineptitud sobrevenida o de falta de adaptación en los supuestos de realización de funciones distintas de las habituales como consecuencia de la movilidad funcional.

El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos señalados requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo.

Por lo que se refiere a la movilidad geográfica se dispone que el traslado de trabajadores que no hayan sido contratados específicamente para prestar sus servicios en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambios de residencia requerirá la existencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, considerándose tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial.

La decisión de traslado deberá ser notificada por el empresario al trabajador y a sus representantes legales, con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

Notificada esta decisión, el trabajador tendrá derecho a optar entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. La compensación a que se refiere el primer supuesto comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, que nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos.

Sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación citado, el trabajador que no habiendo optado por la extinción de su contrato se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción competente. La sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen.

Cuando, con objeto de eludir las previsiones contenidas en el apartado siguiente de este artículo, la empresa realice traslados en períodos sucesivos de noventa días en número inferior a los umbrales allí señalados, sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichos nuevos traslados se considerarán efectuados en fraude de ley y serán declarados nulos y sin efecto.

El traslado deberá ir precedido de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de una duración no superior a quince días, cuando afecte a la totalidad

del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores, o cuando, sin afectar a la totalidad del centro de trabajo, en un período de noventa días comprenda a un número de trabajadores de, al menos:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Dicho período de consultas deberá versar sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes.

La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a los sujetos indicados en el artículo 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo.

La comisión representativa de los trabajadores deberá quedar constituida con carácter previo a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento de consultas. A estos efectos, la dirección de la empresa deberá comunicar de manera fehaciente a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento. El plazo máximo para la constitución de la comisión representativa será de siete días desde la fecha de la referida comunicación, salvo que alguno de los centros de trabajo que vaya a estar afectado por el procedimiento no cuente con representantes legales de los trabajadores, en cuyo caso el plazo será de quince días.

Transcurrido el plazo máximo para la constitución de la comisión representativa, la dirección de la empresa podrá comunicar el inicio del período de consultas a los representantes de los trabajadores. La falta de constitución de la comisión representativa



no impedirá el inicio y transcurso del período de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración.

La apertura del período de consultas y las posiciones de las partes tras su conclusión deberán ser notificadas a la autoridad laboral para su conocimiento.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados.

Tras la finalización del período de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre el traslado, que se regirá a todos los efectos por lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.

Contra las decisiones a que se refiere el presente apartado se podrá reclamar en conflicto colectivo, sin perjuicio de la acción individual prevista en el apartado 1 de este artículo. La interposición del conflicto paralizará la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta su resolución.

El acuerdo con los representantes de los trabajadores en el período de consultas se entenderá sin perjuicio del derecho de los trabajadores afectados al ejercicio de la opción prevista en el párrafo tercero del apartado 1 de este artículo.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

Si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo.

Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.

En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a los trabajadores las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaban los trabajadores.

Terminado este período, los trabajadores podrán optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva.

Los trabajadores con discapacidad que acrediten la necesidad de recibir fuera de su localidad un tratamiento de rehabilitación, físico o psicológico relacionado con su discapacidad, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional, que la empresa tuviera vacante en otro de sus centros de trabajo en una localidad en que sea más accesible dicho tratamiento, en los términos y condiciones establecidos en el apartado anterior para las trabajadoras víctimas de violencia de género y para las víctimas del terrorismo.

Por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, la empresa podrá efectuar desplazamientos temporales de sus trabajadores que exijan que éstos residan en población distinta de la de su domicilio habitual, abonando, además de los salarios, los gastos de viaje y las dietas.

El trabajador deberá ser informado del desplazamiento con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables en el caso de

desplazamientos de duración superior a tres meses; en este último supuesto, el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viajes, cuyos gastos correrán a cargo del empresario.

Contra la orden de desplazamiento, sin perjuicio de su ejecutividad, podrá recurrir el trabajador en los mismos términos previstos para los traslados.

Los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto para los traslados.

Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en los puestos de trabajo a que se refiere este artículo. Mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas se podrán establecer prioridades de permanencia a favor de trabajadores de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad.

Tiempo de la prestación. Tanto en lo referente a la duración del contrato de trabajo como a las limitaciones de tiempo de trabajo efectivo (jornada de trabajo, descanso y vacaciones).

Dispone el artículo 15 ET que el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada y a continuación incluye una clasificación de los contratos laborales en función de su duración que es objeto de estudio en el tema 4.

En cuanto a la jornada de trabajo se establece que La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo. Si bien la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

El legislador prevé que mediante convenio colectivo, o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquélla.

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan.

Entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, 12 horas. El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a 9 diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.

Los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar más de 8 horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos.

Siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de 6 horas, deberá establecerse un período de descanso durante la misma de duración no inferior a 15 minutos. En el caso de los trabajadores menores de dieciocho años, el período de descanso tendrá una duración mínima de 30 minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media.

El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla. Para ello se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la

mejora de la productividad en las empresas.

En cuanto al descanso se dispone que Los trabajadores tendrán derecho a un descanso mínimo semanal, acumulable por períodos de hasta 14 días, de día y medio ininterrumpido que, como regla general, comprenderá la tarde del sábado o, en su caso, la mañana del lunes y el día completo del domingo. La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

Las fiestas laborales, que tendrán carácter retribuido y no recuperable, no podrán exceder de 14 al año, de las cuales 2 serán locales. En cualquier caso se respetarán como fiestas de ámbito nacional las de la Natividad del Señor, Año Nuevo, 1 de mayo, como Fiesta del Trabajo, y 12 de octubre, como Fiesta Nacional de España. Las Comunidades Autónomas, dentro del límite anual de catorce días festivos, podrán señalar aquellas fiestas que por tradición les sean propias, sustituyendo para ello las de ámbito nacional que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, las que se trasladen a lunes. Asimismo, podrán hacer uso de la facultad de traslado a lunes prevista en el párrafo anterior.

El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por alguno de los motivos y por el tiempo siguiente:

- a) Quince días naturales en caso de matrimonio.
- b) Dos días por el nacimiento de hijo y por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días.
- c) Un día por traslado del domicilio habitual.
- d) Por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando conste en una norma legal o convencional un período determinado, se estará a lo que ésta disponga en cuanto a duración de la ausencia y a su compensación económica.

e) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal en los términos establecidos legal o convencionalmente.

f) Por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de la Ley, para la lactancia del menor hasta que éste cumpla nueve meses, los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples.

Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo establecido en aquélla.

Este permiso constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres, pero sólo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen.

En los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la madre o el padre tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora. Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario.

El que por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla. Tendrá el mismo derecho quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. El progenitor, adoptante o acogedor de carácter

preadoptivo o permanente, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los 18 años. Por convenio colectivo, se podrán establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se podrá acumular en jornadas completas. Estas reducciones de jornada constituyen un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada.

Los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a éstos, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.

Finalmente y en cuanto a las vacaciones el artículo 38 dice que el período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales.

El período o períodos de su disfrute se fijará de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, de conformidad con lo establecido en su caso en los Convenios Colectivos sobre planificación anual de las vacaciones.

El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute.

Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el artículo 48.4 y 48.bis de la Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan.

En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas anteriormente, que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado.

Deber de diligencia y cantidad de trabajo debida o rendimiento exigible: Según el **artículo**



**20.2 del ET:** *en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.*

También ha de considerarse la clase o especie de la prestación, y fundamentalmente a la calidad del trabajo especificado, temas a los que atiende el estudio de la clasificación profesional. Según el **artículo 22.1 del ET**, *"mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías o grupos profesionales"*.

También regula el ET el cumplimiento de buena fe y las prohibiciones de concurrencia implícitas en éste para el trabajador.

#### Prestaciones del empresario.

La prestación principal del empresario es la retributiva que consiste en el pago de la retribución, esto es, en la transferencia de la propiedad de dinero o bienes distintos de él. El ET le dedica los artículos 26 a 29.

El legislador ofrece ya un concepto legal de salario cuando afirma que se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo.

En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial, el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional.

No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de

su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

Todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario.

Operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia.

Se regula expresamente el salario mínimo interprofesional (SMI): el Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el SMI, teniendo en cuenta:

- a) El índice de precios al consumo.
- b) La productividad media nacional alcanzada.
- c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.
- d) La coyuntura económica general.

Igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado.

La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de

los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél.

El salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable.

En aplicación del artículo 14 de la vigente constitución el ET establece que el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes.

El trabajador y, con su autorización, sus representantes legales, tendrán derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado.

La documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo. El recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, salvo que por Convenio Colectivo, o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan.

La liquidación de los salarios que correspondan a quienes presten servicios en trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos, en los supuestos de conclusión de cada período de actividad, se llevará a cabo con sujeción a los trámites y garantías establecidos en el ET.

El derecho al salario a comisión nacerá en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador, liquidándose y pagándose, salvo que se hubiese pactado otra cosa, al finalizar el año.

El interés por mora en el pago del salario será el 10 por 100 de lo adeudado. El salario, así como el pago delegado de las prestaciones de la Seguridad Social, podrá efectuarlo el empresario en moneda de curso legal o mediante talón u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito, previo informe al comité de empresa o delegados de personal.

**CRISTINA CASTROVIEJO OJEA**

LCDA. EN DERECHO. CUERPO SUPERIOR DE LA  
ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

**ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA**

LCDA. EN DERECHO  
LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 4**

# **MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO. LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

## **TEMA 4. MODALIDADES DEL CONTRATO DE TRABAJO. LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

### **1. Modalidades del contrato de trabajo**

En la actualidad existen diversos tipos de contrato, pero este es un número relativo que cambia en función de las nuevas leyes, previéndose o habiéndose previsto:

- Contrato indefinido
- Contrato indefinido de fijos discontinuos
- Contratos al amparo del Programa de Fomento del Empleo e incentivos a la contratación
- Contrato indefinido para trabajadores con discapacidad
- Contrato para la formación y el aprendizaje de trabajadores con discapacidad
- Contrato en prácticas para trabajadores con discapacidad
- Contrato temporal de fomento del empleo para personas con discapacidad
- Contratos de interinidad con trabajadores con discapacidad desempleados para sustituir a personas discapacitadas que tengan suspendido el contrato de trabajo por incapacidad temporal
- Contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores
- Contrato para la formación y el aprendizaje
- Contrato en prácticas
- Contrato para trabajadores desempleados en situación de exclusión social en empresas de inserción
- Contrato de obra o servicio determinado
- Contrato eventual por circunstancias de la producción

- Contrato de interinidad
- Contrato de relevo
- Contrato a tiempo parcial
- Contrato de trabajo en grupo
- Trabajo a distancia
- Contratos predoctorales de la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación

Bajo este epígrafe regula el ET en los artículos 10 a 13 regulan las modalidades del contrato de trabajo, distinguiendo las siguientes:

**Contrato de trabajo en grupo.** Artículo 10.

Cuando el empresario da un trabajo en común a un grupo de sus trabajadores, conservará respecto de cada uno, individualmente, sus derechos y deberes.

No obstante, el artículo 10 ET prevé el contrato de trabajo en grupo, cuando el empresario hubiese celebrado este con un grupo de trabajadores considerado en su totalidad. En tal caso, este no tendrá frente a cada uno de sus miembros los derechos y deberes que le competen, sino que el jefe del grupo ostentará la representación de los que lo integren, respondiendo de las obligaciones inherentes a dicha representación.

**Contratos formativos.** Artículo 11.

Contrato de trabajo en prácticas: puede oncertarse con quienes estuvieren en posesión de título universitario o de formación profesional de grado medio o superior o títulos oficialmente reconocidos como equivalentes, de acuerdo con las leyes reguladoras del sistema educativo vigente, o de certificado de profesionalidad de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, que habiliten para el ejercicio profesional, dentro de los cinco años, o de siete años cuando el contrato se concierte con un trabajador con discapacidad, siguientes a la terminación de los correspondientes estudios, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El puesto de trabajo deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios o de formación cursados. Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo, grupos, niveles o categorías profesionales objeto de este contrato.

b) La duración del contrato no podrá ser inferior a seis meses ni exceder de dos años, dentro de cuyos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrán determinar la duración del contrato, atendiendo a las características del sector y de las prácticas a realizar.

Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.

c) Ningún trabajador podrá estar contratado en prácticas en la misma o distinta empresa por tiempo superior a dos años en virtud de la misma titulación o certificado de profesionalidad.

Tampoco se podrá estar contratado en prácticas en la misma empresa para el mismo puesto de trabajo por tiempo superior a dos años, aunque se trate de distinta titulación o distinto certificado de profesionalidad.

A los efectos señalados, los títulos de grado, máster y, en su caso, doctorado, correspondientes a los estudios universitarios no se considerarán la misma titulación, salvo que al ser contratado por primera vez mediante un contrato en prácticas el trabajador estuviera ya en posesión del título superior de que se trate.

d) Salvo lo dispuesto en convenio colectivo, el período de prueba no podrá ser superior a un mes para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que estén en posesión de título de grado medio o de certificado de profesionalidad de nivel 1 o 2, ni a dos meses para los contratos en prácticas celebrados con trabajadores que están en posesión de título de grado superior o de certificado de profesionalidad de nivel 3.



e) La retribución del trabajador será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser inferior al 60 o al 75 por 100 durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario fijado en convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo.

f) Si al término del contrato el trabajador continuase en la empresa no podrá concertarse un nuevo período de prueba, computándose la duración de las prácticas a efecto de antigüedad en la empresa.

Contrato para la formación y el aprendizaje: tendrá por objeto la cualificación profesional de los trabajadores en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo. Se rige por las siguientes reglas:

a) Se podrá celebrar con trabajadores mayores de dieciséis y menores de veinticinco años que carezcan de la cualificación profesional reconocida por el sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo requerida para concertar un contrato en prácticas. Se podrán acoger a esta modalidad contractual los trabajadores que cursen formación profesional del sistema educativo.

El límite máximo de edad no será de aplicación cuando el contrato se concierte con personas con discapacidad ni con los colectivos en situación de exclusión social previstos en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, en los casos en que sean contratados por parte de empresas de inserción que estén cualificadas y activas en el registro administrativo correspondiente.

b) La duración mínima del contrato será de un año y la máxima de tres. No obstante, mediante convenio colectivo podrán establecerse distintas duraciones del contrato, en función de las necesidades organizativas o productivas de las empresas, sin que la duración mínima pueda ser inferior a seis meses ni la máxima superior a tres años.

En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, hasta por dos veces, sin que la duración de cada prórroga pueda ser inferior a seis meses

y sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.

c) Expirada la duración del contrato para la formación y el aprendizaje, el trabajador no podrá ser contratado bajo esta modalidad por la misma o distinta empresa, salvo que la formación inherente al nuevo contrato tenga por objeto la obtención de distinta cualificación profesional.

No se podrán celebrar contratos para la formación y el aprendizaje cuando el puesto de trabajo correspondiente al contrato haya sido desempeñado con anterioridad por el trabajador en la misma empresa por tiempo superior a doce meses.

d) El trabajador deberá recibir la formación inherente al contrato para la formación y el aprendizaje directamente en un centro formativo de la red a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, previamente reconocido para ello por el Sistema Nacional de Empleo. No obstante, también podrá recibir dicha formación en la propia empresa cuando la misma dispusiera de las instalaciones y el personal adecuados a los efectos de la acreditación de la competencia o cualificación profesional a que se refiere el apartado e), sin perjuicio de la necesidad, en su caso, de la realización de períodos de formación complementarios en los centros de la red mencionada.

La actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa deberá estar relacionada con las actividades formativas. La impartición de esta formación deberá justificarse a la finalización del contrato.

e) La cualificación o competencia profesional adquirida a través del contrato para la formación y el aprendizaje será objeto de acreditación en los términos previstos en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, y en su normativa de desarrollo. Conforme a lo establecido en dicha regulación, el trabajador podrá solicitar de la Administración pública competente la expedición del correspondiente

certificado de profesionalidad, título de formación profesional o, en su caso, acreditación parcial acumulable.

f) El tiempo de trabajo efectivo, que habrá de ser compatible con el tiempo dedicado a las actividades formativas, no podrá ser superior al 75 por ciento, durante el primer año, o al 85 por ciento, durante el segundo y tercer año, de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, a la jornada máxima legal. Los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en el supuesto previsto en el artículo 35.3. Tampoco podrán realizar trabajos nocturnos ni trabajo a turnos.

g) La retribución del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje se fijará en proporción al tiempo de trabajo efectivo, de acuerdo con lo establecido en convenio colectivo.

En ningún caso, la retribución podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en proporción al tiempo de trabajo efectivo.

h) La acción protectora de la Seguridad Social del trabajador contratado para la formación y el aprendizaje comprenderá todas las contingencias, situaciones protegibles y prestaciones, incluido el desempleo. Asimismo, se tendrá derecho a la cobertura del Fondo de Garantía Salarial.

i) En el supuesto de que el trabajador continuase en la empresa al término del contrato se estará a lo establecido en el apartado 1, párrafo f), de este artículo.

Asimismo, la DA 19 ET señala que para aquellos proyectos de Escuelas Taller, Casas de Oficio y Talleres de Empleo, así como otros proyectos de empleo-formación promovidos por las Comunidades Autónomas, que hayan sido aprobados o estén pendientes de aprobación en base a convocatorias efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, se podrá utilizar la modalidad del contrato para la formación de acuerdo con la normativa vigente en el momento de la aprobación de los citados proyectos o

convocatorias.

El límite de edad y de duración para los contratos para la formación y el aprendizaje establecidos en las letras a) y b) del artículo 11.2 , no será de aplicación cuando se suscriban en el marco de las acciones y medidas establecidos en la letra d) del artículo 25.1 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Asimismo, en estos contratos las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad no interrumpirán el cómputo de la duración del contrato.

### **Contrato a tiempo parcial y contrato de relevo. Artículo 12.**

#### Contrato a tiempo parcial.

El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.

Se entiende por «trabajador a tiempo completo comparable» a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.

Este contrato podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación, excepto en el contrato para la formación. No obstante, el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa.

Reglas de aplicación al contrato de trabajo a tiempo parcial:

a) Se debe formalizar necesariamente por escrito. En el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo. De no

observarse estas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.

b) Cuando conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y ésta se realice de forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo.

c) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el artículo 35.3.

La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 del precitado artículo. No obstante, la suma de las horas ordinarias y complementarias, incluidas las previamente pactadas y las voluntarias, no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido anteriormente.

d) Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

e) La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

A fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquéllos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o

para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, todo ello de conformidad con los procedimientos que se establezcan en convenio colectivo.

Con carácter general, estas solicitudes deberán ser tomadas en consideración, en la medida de lo posible, por el empresario. La denegación de la solicitud deberá ser notificada por el empresario al trabajador por escrito y de manera motivada.

f) Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales.

Se consideran horas complementarias las realizadas como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial, conforme a las siguientes reglas:

a) El empresario sólo podrá exigir la realización de horas complementarias cuando así lo hubiera pactado expresamente con el trabajador. El pacto sobre horas complementarias podrá acordarse en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial o con posterioridad al mismo, pero constituirá, en todo caso, un pacto específico respecto al contrato. El pacto se formalizará necesariamente por escrito.

b) Sólo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual.

c) El pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario.

El número de horas complementarias pactadas no podrá exceder del 30 por 100 de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los convenios colectivos podrán establecer otro porcentaje máximo, que, en ningún caso, podrá ser inferior al citado 30 por 100 ni exceder del 60 por 100 de las horas ordinarias contratadas.

d) El trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días, salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior.

e) El pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde su celebración, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- La atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el artículo 37.5 de esta Ley.
- Por necesidades formativas, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria.
- Por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.

f) El pacto de horas complementarias y las condiciones de realización de las mismas estarán sujetos a las reglas que acabamos de señalar. En caso de incumplimiento de tales reglas, la negativa del trabajador a la realización de las horas complementarias, pese a haber sido pactadas, no constituirá conducta laboral sancionable.

g) Sin perjuicio del pacto de horas complementarias, en los contratos a tiempo parcial de duración indefinida con una jornada de trabajo no inferior a diez horas semanales en cómputo anual, el empresario podrá, en cualquier momento, ofrecer al trabajador la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria, cuyo número no podrá superar el 15 por 100, ampliables al 30 por 100 por convenio colectivo, de las horas ordinarias objeto del contrato. La negativa del trabajador a la realización de estas horas no constituirá conducta laboral sancionable.

Estas horas complementarias no se computarán a efectos de los porcentajes de horas complementarias pactadas que se establecen en la letra c).

h) La jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias a que se refiere el apartado 5.

El empresario deberá conservar los resúmenes mensuales de los registros de jornada durante un período mínimo de cuatro años.

En caso de incumplimiento de las referidas obligaciones de registro, el contrato se

presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.

i) La realización de horas complementarias habrá de respetar, en todo caso, los límites en materia de jornada y descansos establecidos en los artículos 34, apartados 3 y 4; 36.1 y 37.1, de esta Ley.

j) Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y períodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones. A tal efecto, el número y retribución de las horas complementarias realizadas se deberá recoger en el recibo individual de salarios y en los documentos de cotización a la Seguridad Social.

#### Contrato de relevo:

Es el que se concierta con un trabajador con el objeto de sustituir la jornada de trabajo que deja vacante el trabajador que se jubila parcialmente, jubilación parcial que se produce en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social y demás disposiciones concordantes. Para ello el trabajador jubilado parcial deberá acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario de entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 50 por 100, conforme al citado artículo 166, y la empresa deberá concertar simultáneamente tal contrato de relevo.

También se podrá concertar el contrato de relevo para sustituir a los trabajadores que se jubilen parcialmente después de haber cumplido la edad establecida en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima de la Ley General de la Seguridad Social.

La reducción de jornada y de salario podrá alcanzar el 75 por 100 cuando el contrato de relevo se concierte a jornada completa y con duración indefinida, siempre que el trabajador cumpla los requisitos establecidos en el artículo 166.2.c) de la Ley General de la Seguridad Social.

La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial y su retribución serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial.



La relación laboral se extinguirá al producirse la jubilación total del trabajador.

7. El contrato de relevo se ajustará a las siguientes reglas:

a) Se celebrará con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

b) Salvo en el supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 6, la duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tendrá que ser indefinida o, como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad establecida en el apartado 1 del artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social o, transitoriamente, las edades previstas en la disposición transitoria vigésima. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo con las partes por períodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

En el supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 6, el contrato de relevo deberá alcanzar al menos una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 161.1.a) y la disposición transitoria vigésima de la Ley General de la Seguridad Social. En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante.

En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber cumplido la edad prevista en el apartado 1 del artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social, o transitoriamente, las edades previstas en la disposición transitoria vigésima de la misma, la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo podrá ser indefinida o anual. En este segundo supuesto, el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en todo caso al finalizar el período correspondiente al año en que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.

c) Salvo en el supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 6, el contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.

d) El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido. En todo caso, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el artículo 166.2 e) de la Ley General de la Seguridad Social.

e) En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo.

### **Trabajo a distancia.** Artículo 13.

Es aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa.

El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia se formalizará por escrito. Tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.3 del ET para la copia básica del contrato de trabajo.

Los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquéllos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.

El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes

para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud y por ello también les es aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.

Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en el ET. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa

Por otra parte, los contratos de trabajo también pueden ser clasificados en función de su DURACIÓN, a la que se refiere el artículo 15 ET.

En el mismo se señala, en su apartado 1 que: *"El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada"*, en alusión a la clásica distinción entre **contratos indefinidos** y **contratos temporales**.

En cuanto a estos últimos, el apartado 1, párrafo segundo, del artículo 15 distingue entre los contratos de obra o servicios, los contratos eventuales por circunstancias de la producción y los de interinidad. Estos tres tipos contractuales podrán celebrarse en los casos señalados en el ET. Así, se prevén estos supuestos:

a) Contrato de obra o servicios determinado: previsto para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa.

Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza.

b) Contratos eventuales por circunstancias de la producción puede ser concertado cuando las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos así lo exigieran, aun tratándose de la actividad normal de la empresa. En tales casos, los contratos podrán tener una duración máxima de seis meses, dentro de un período de doce meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de dieciocho meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, doce meses.

En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa.

c) Contrato de interinidad (por sustitución o vacante). Cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución.

Del mismo modo, el artículo 4.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, establece que este contrato se podrá celebrar, asimismo, para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva

La Ley prevé, por otro lado, que adquirirán la condición de trabajadores fijos:

- Cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que

legalmente hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos y que se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley.

- Los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada. Esto también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. No obstante, esta regla no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado.

El artículo 15.6 ET garantiza además que los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.

Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación.

Además, el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los contratos formativos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores. Esta información podrá facilitarse mediante un anuncio público en un lugar adecuado de la empresa o centro de trabajo, o mediante otros medios previstos en la negociación colectiva, que aseguren la transmisión de la información.

Los convenios podrán establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos.

Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional continua, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.

Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.

Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

Si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días.

Por último, debemos apuntar dos cuestiones adicionales:

La primera, que, con arreglo al artículo 49.1.c) ET, en cuanto a la finalización de los contratos temporales, por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato excepto en los casos del contrato de interinidad y de los

contratos formativos, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

En segundo lugar, con arreglo a la DA 15 ET, que lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirán efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo.

No obstante lo previsto en el apartado anterior, lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre (RCL 2001, 3178), de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años.

Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia

vinculadas o dependientes de las mismas. En todo caso, lo dispuesto en dicho artículo 15.5 no será de aplicación respecto de las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley.

### **Contratos fijos discontinuos. Artículo 15.8 ET.**

Mención aparte merece el contrato indefinido de los fijos discontinuos, previsto en el artículo 15.8 ET.

El contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa. A los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido. Los trabajadores fijos-discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria.

Este contrato se deberá formalizar necesariamente por escrito en el modelo que se establezca, y en él deberá figurar una indicación sobre la duración estimada de la actividad, así como sobre la forma y orden de llamamiento que establezca el convenio colectivo aplicable, haciendo constar igualmente, de manera orientativa, la jornada laboral estimada y su distribución horaria.

Los convenios colectivos de ámbito sectorial podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad del sector así lo justifiquen, la utilización en los contratos de fijos-discontinuos de la modalidad de tiempo parcial, así como los requisitos y especialidades para la conversión de contratos temporales en contratos de fijos-discontinuos.

**MARTA CARBALLO NEIRA**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA



## **TEMA 5**

# **RÉGIMEN DE REPRESENTACIÓN DE PERSONAL. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN**

## **TEMA 5. RÉGIMEN DE REPRESENTACIÓN DE PERSONAL. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN**

### **1. RÉGIMEN DE REPRESENTACIÓN DE PERSONAL**

La denominada participación de los trabajadores en la empresa puede incardinarse en el ámbito de lo que se ha dado en llamar “democracia representativa” en la empresa, aunque se trate de una democracia cuando menos particular ya que no existe la posibilidad de intercambio de roles o papeles.

Se entiende por participación el conjunto de medidas adoptadas para que el trabajador pueda influir en las decisiones que adopta su empresa.

Se trata de exponer en este epígrafe el modelo español de participación en la gestión. Los autores distinguen entre fórmulas tradicionales de participación indirecta (por tanto cursada a través de representantes) e indirecta (perfectamente plasmada en el modelo japonés).

El artículo 192.2 CE establece que los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa. Este precepto ha sido considerado por algunos autores como una cuasi norma en blanco, toda vez que su contenido y efectividad práctica se remite a los artículos 33 y 38 CE.

El artículo 4.1.g) del ET establece que el de participación es un derecho básico del trabajador en la empresa. En consecuencia puede afirmarse que el legislador español ha optado por un modelo de doble vía caracterizado por el compromiso y la confrontación existente entre capital y trabajo. Además de acuerdo con el tenor del Artículo 61 ET se puede afirmar que se ha optado por un modelo de participación externo aunque se admita la existencia de otras formas de participación (representación sindical o negociación colectiva) que podríamos denominar de representación participativa.

El análisis de esta cuestión requiere recordar la distinción de derechos instrumentales, así en primer término se situaría el deber de información del empresario al trabajador, posteriormente el derecho de consulta del empresario a los trabajadores (como paso

previo a la adopción de una determinación o decisión en la empresa) y finalmente estaría la codecisión (que se daría cuando la decisión fuese tomada por ambas partes, que, en democracia, se encontrarían en una situación de igualdad).

Por otra parte hay que hacer referencia a una serie de órganos que resultan ser titulares de los precitados derechos de representación, tales órganos pueden ser unitarios/unilaterales o mixtos. En concreto en España la dicotomía entre representación unitaria y representación sindical se ha concretado, como se anticipó, en la opción por parte del legislador, por un sistema dual (al igual que ocurre en Francia). Se trata de un modelo distinto del que se encuentra en el derecho comparado, en el que generalmente se observa una distinción de funciones entre sindicatos y comités de representación, así a los sindicatos corresponde la negociación colectiva y a los comités las funciones de colaboración-participación en determinados temas de la empresa.

Con todo el modelo español genera complejos conflictos porque representación unitaria y representación sindical tiene atribuidas funciones esencialmente sindicales y porque, de acuerdo con el proceso electoral que recoge el ET se observa, en cuanto a la procedencia, una clara extracción sindical entre los representantes sindicales unitarios.

También resulta obligada al menos la referencia a los problemas generados por el denominado “grupo de empresas” que se agudiza cuando tal fenómeno traspasa las fronteras nacionales. Así ocurre al hablar de grupos de empresas comunitarios o de la sociedad anónima europea (proceso que comenzó con la Directiva del Consejo 94/451 de 22 de septiembre) sobre la constitución de un comité de empresa europeo.

La representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores ante el empresario supone una plasmación o manifestación concreta de las relaciones laborales que surgen o son fruto de la revolución industrial decimonónica, como sostiene Luján Alcaraz, y que se mantiene como rasgo distintivo del modelo democrático de relaciones laborales. Dicho hecho sobre el derecho de representación se construye el aún más complejo derecho de participación de los trabajadores en la empresa que finalmente se ha convertido en un signo de “la identidad social europea”.

En España la regulación de la representación legal de los trabajadores tiene como

precedente la legislación republicana de Jurados Mixtos (Decreto 29.08.1935).

Y es afinales de los años cincuenta del pasado siglo cuando empiezan a funcionar las comisiones y comités de representantes de los trabajadores elegidos democráticamente por la respectivas plantillas de las empresas. Inicialmente actuaban al margen del sindicalismo oficial y ya en 1966 puede hablarse de una convergencia.

Por tanto estamos ante un sistema de representación separada formalmente de la sindical y que opta por un sistema de corte unitario.

## **2. ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN**

El artículo 61 del ET es el precepto con el que comienza la regulación del derecho de representación colectiva, así dispone el legislador, al regular la participación que: *sin perjuicio de otras formas de participación, los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación regulados en este Título*. Tales óranos son los comités de empresa y los delegados de personal.

La denominada representación unitaria de los trabajadores en la empresa se caracteriza por reunir las siguientes notas:

- unidad, ya que afecta a la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo sin tomar en consideración su afiliación sindical;
- necesidad, porque se impone por la ley, con independencia de la voluntad de los representados;
- electiva, puesto que son elegidos por todos los trabajadores del centro de trabajo a través del correspondiente proceso electoral.

Los órganos de representación unitaria son los comités de empresa y los delegados de personal, previstos, respectivamente, en los artículos 62 y 63 ET. Las principales diferencias existentes entre dichos órganos tienen que ver, de un lado, con el número de trabajadores ocupados en la empresa o el centro de trabajo (como se verá) y de otro lado con su distinta naturaleza (ya que mientras los delegados de personal son órganos individuales de representación, que deben actuar mancomunadamente, el comité de

empresa es un órgano de actuación colegiada; a lo que hay que añadir una serie de previsiones diferenciadas en cuanto a diversos aspectos del proceso electoral).

Así resulta que no toda empresa o centro de trabajo está obligada a contar con representantes unitarios ya que el ET ha establecido un umbral mínimo y sólo a partir del mismo es posible la elección de esta representación. Con carácter general el límite se sitúa en diez trabajadores: aunque si la empresa o centro de trabajo tiene más de diez y menos de cincuenta pueden existir delegados de personal. No obstante, también cabe la existencia de un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores si así lo decidieran éstos por mayoría.

Debe tenerse en cuenta que la expresión centro de trabajo, en el sentido estricto en que es empleada por el artículo 1.5 ET, alude al soporte fáctico de las estructuras representativas de carácter unitario; en consecuencia, la referencia a la empresa sólo es aplicable a las que cuentan con un único centro.

Pese a que el centro de trabajo es el soporte físico de la representación unitaria, el artículo 63.2 ET contempla matizaciones:

- Si la empresa tiene en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Es decir, en tal caso no se elige un delegado de personal por cada uno de los centros cuyo censo es inferior a cincuenta trabajadores, sino que se computa el censo en la totalidad, siempre y cuando los centros de trabajo se encuentren en la misma provincia o en municipios limítrofes (perteneciendo a distintas provincias). No se trata de una facultad ejercitable voluntariamente por el empresario o los trabajadores, sino de una obligación legal.
- Cuando unos centros de trabajo tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro.

Los Delegados de Personal se encuentran regulados en los artículo 62 y siguientes del ET.

La representación de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tenga menos de cincuenta y más de diez trabajadores corresponde a los delegados de personal. Igualmente, como se anticipó, podrá haber un delegado de personal en aquellas empresas o centros que cuenten entre seis y diez trabajadores, si así lo decidieran éstos por mayoría.

Los trabajadores elegirán, mediante sufragio libre, personal, secreto y directo a los delegados de personal en la cuantía siguiente: hasta 30 trabajadores: 1 y de 31 a 49: 3

Los delegados de personal ejercerán mancomunadamente ante el empresario la representación para la que fueron elegidos, y tendrán las mismas competencias establecidas para los comités de empresa. También se prevé que observarán las normas que sobre sigilo profesional están establecidas para los miembros de comités de empresa en el artículo 65 del ET.

Los delegados de personal (y también los miembros del comité de empresa), como representantes legales de los trabajadores, tendrán, con independencia de lo que se disponga en los convenios colectivos, las siguientes garantías:

- Apertura de expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves, en el que serán oídos, aparte del interesado, el comité de empresa o restantes delegados de personal.
- Prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas.
- No ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que ésta se produzca por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54. Asimismo no podrá ser discriminado en su promoción económica o profesional en razón, precisamente, del desempeño de su representación.

- Expresar, colegiadamente si se trata del comité, con libertad sus opiniones en las materias concernientes a la esfera de su representación, pudiendo publicar y distribuir, sin perturbar el normal desenvolvimiento del trabajo, las publicaciones de interés laboral o social, comunicándolo a la empresa.
- Disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas cada uno de los miembros del comité o delegado de personal en cada centro de trabajo, para el ejercicio de sus funciones de representación, de acuerdo con la siguiente escala: delegados de personal o miembros del comité de empresa:

1º Hasta cien trabajadores, quince horas.

2º De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, veinte horas.

3º De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, treinta horas.

4º De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, treinta y cinco horas.

5º De setecientos cincuenta y uno en adelante, cuarenta horas.

Podrá pactarse en convenio colectivo la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa y, en su caso, de los delegados de personal, en uno o varios de sus componentes, sin rebasar el máximo total, pudiendo quedar relevado o relevados del trabajo, sin perjuicio de su remuneración.

El comité de empresa es el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores.

En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro, como se anticipó.

Sólo por convenio colectivo podrá pactarse la constitución y funcionamiento de un Comité Intercentros con un máximo de 13 miembros que serán designados de entre los componentes de los distintos comités de centro. En la constitución del comité intercentros se guardará la proporcionalidad de los sindicatos según los resultados electorales considerados globalmente.

Los comités intercentros no podrán arrogarse otras funciones que las que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerde su creación.

El estatuto de los trabajadores regula una serie de derechos de información: *El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado por el empresario sobre aquellas cuestiones que puedan afectar a los trabajadores, así como sobre la situación de la empresa y la evolución del empleo en la misma, en los términos previstos en este artículo.*

El legislador ofrece sendos conceptos legales, uno de información y la define como *la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que éste tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen* y otro por consulta *el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo por parte del mismo.*

En la definición o aplicación de los procedimientos de información y consulta, el empresario y el comité de empresa actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores.

El comité de empresa tendrá derecho a **ser informado trimestralmente**:

- Sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa.
- Sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades (incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción).



- Sobre las previsiones del empresario de celebración de nuevos contratos (con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias por los trabajadores contratados a tiempo parcial y de los supuestos de subcontratación).
- De las estadísticas sobre el índice de absentismo y las causas, los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y sus consecuencias, los índices de siniestralidad, los estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral y los mecanismos de prevención que se utilicen.

También tendrá derecho a **recibir** información, al menos **anualmente**, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo.

Y con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a:

- Conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a éstos.
- Conocer los modelos de contrato de trabajo escrito que se utilicen en la empresa así como los documentos relativos a la terminación de la relación laboral.
- Ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves.
- Asimismo, el comité de empresa tendrá derecho a recibir la copia básica de los contratos y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes a los mismos en el plazo de diez días siguientes a que tuvieran lugar.

El comité de empresa tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la situación y

estructura del empleo en la empresa o en el centro de trabajo, así como a ser informado trimestralmente sobre la evolución probable del mismo, incluyendo la consulta cuando se prevean cambios al respecto y tendrá derecho a ser informado y consultado sobre todas las decisiones de la empresa que pudieran provocar cambios relevantes en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo en la empresa. Igualmente tendrá derecho a ser informado y consultado sobre la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo y a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas por éste, sobre las siguientes cuestiones:

- Las reestructuraciones de plantilla y ceses totales o parciales, definitivos o temporales, de aquélla.
- Las reducciones de jornada.
- El traslado total o parcial de las instalaciones.
- Los procesos de fusión, absorción o modificación del estatus jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo.
- Los planes de formación profesional en la empresa.
- La implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, estudios de tiempos, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo.

La información se deberá facilitar por el empresario al comité de empresa, sin perjuicio de lo establecido específicamente en cada caso, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe y, por su parte, la consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u

opiniones y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones.

Los informes que deba emitir el comité de empresa deberán elaborarse en el plazo máximo de 15 días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes.

Pero no acaban ahí las competencias del comité de empresa, ya que ET dispone que: *el comité de empresa tendrá también las siguientes competencias:*

*a) Ejercer una labor:*

*1º De vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y de empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes.*

*2º De vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el desarrollo del trabajo en la empresa, con las particularidades previstas en este orden por el artículo 19 de esta Ley.*

*3º De vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.*

*b) Participar, como se determine por convenio colectivo, en la gestión de obras sociales establecidas en la empresa en beneficio de los trabajadores o de sus familiares.*

*c) Colaborar con la dirección de la empresa para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento y el incremento de la productividad, así como la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos.*

*d) Colaborar con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación.*

*e) Informar a sus representados en todos los temas y cuestiones señalados en este artículo en cuanto directa o indirectamente tengan o puedan tener repercusión en las relaciones laborales.*

Todo lo anterior se entenderá sin perjuicio de las disposiciones específicas previstas en otros artículos de esta Ley o en otras normas legales o reglamentarias.

Respetando lo establecido legal o reglamentariamente, en los convenios colectivos se podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta previstos en este artículo, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos.

Otro aspecto a destacar es el tratamiento y específica regulación por el ET del denominado deber de sigilo: *"se reconoce al comité de empresa capacidad, como órgano colegiado, para ejercer acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias, por decisión mayoritaria de sus miembros.*

*Los miembros del comité de empresa y éste en su conjunto, así como, en su caso, los expertos que les asistan, deberán observar el deber de sigilo con respecto a aquella información que, en legítimo y objetivo interés de la empresa o del centro de trabajo, les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado.*

*En todo caso, ningún tipo de documento entregado por la empresa al comité podrá ser utilizado fuera del estricto ámbito de aquélla ni para fines distintos de los que motivaron su entrega.*

*El deber de sigilo subsistirá incluso tras la expiración de su mandato e independientemente del lugar en que se encuentren".*

Este artículo presenta un problema de compatibilización con la obligación de informar a los trabajadores representados sobre todos los aspectos contemplados en el artículo 64 ET que se prevé en el artículo 68.1.12 ET, e incluso con el derecho a expresar opiniones concernientes a la esfera de su representación, que recoge el artículo 68.d) ET.

La doctrina ha considerado que el término sigilo no resulta equivalente a secreto, sino que

hace referencia a un grado de intensidad menor, de manera que el sigilo haría referencia a una utilización prudente de la información que se posee; tal interpretación doctrinal posibilita la eficacia de ambas previsiones legales: el deber de sigilo y el derecho de información. Por otro lado, sobre el hecho de que la dirección señale expresamente algunas materias como reservadas, se ha entendido que no es suficiente la sola voluntad del empresario en tal sentido, sino que es necesario que desde un punto de vista objetivo la materia tenga efectivamente carácter confidencial

Aunque excepcionalmente, la empresa no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica, (esta excepción no abarca aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa).

Señala el apartado 5 del artículo 65 ET que La impugnación de las decisiones de la empresa de atribuir carácter reservado o de no comunicar determinadas informaciones a los representantes de los trabajadores se tramitará conforme al proceso de conflictos colectivos regulado en el Capítulo VIII del Título II del Libro II de la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, actualmente regulado en el Capítulo VIII, del Título II del Libro II de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la jurisdicción social, y se tramitarán conforme a este proceso los litigios relativos al cumplimiento por los representantes de los trabajadores y por los expertos que les asistan de su obligación de sigilo.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, para los casos de negativa injustificada de la información a que tienen derecho los representantes de los trabajadores.

Otro apartado importante es el relativo al número de miembros del comité de empresa que se determinará de acuerdo con la siguiente escala:

- a) De cincuenta a cien trabajadores, 5.

- b) De ciento uno a doscientos cincuenta trabajadores, 9.
- c) De doscientos cincuenta y uno a quinientos trabajadores, 13.
- d) De quinientos uno a setecientos cincuenta trabajadores, 17.
- e) De setecientos cincuenta y uno a mil trabajadores, 21.
- f) De mil en adelante, dos por cada mil o fracción, con el máximo de 75.

Los comités de empresa o centro de trabajo elegirán de entre sus miembros un presidente y un secretario del comité, y elaborarán su propio reglamento de procedimiento, que no podrá contravenir lo dispuesto en la ley, remitiendo copia del mismo a la autoridad laboral, a efectos de registro, y a la empresa. Los comités deberán reunirse cada dos meses o siempre que lo solicite 1/3 de sus miembros o 1/3 de los trabajadores representados.

Por lo que se refiere a la promoción de elecciones y mandato electoral el ET establece que: podrán promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa *las organizaciones sindicales más representativas, las que cuenten con un mínimo de un diez por ciento de representantes en la empresa o los trabajadores del centro de trabajo por acuerdo mayoritario.* Además los sindicatos con capacidad de promoción de elecciones tendrán derecho a acceder a los registros de las Administraciones públicas que contengan datos relativos a la inscripción de empresas y altas de trabajadores, en la medida necesaria para llevar a cabo tal promoción en sus respectivos ámbitos.

Los promotores comunicarán a la empresa y a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral su propósito de celebrar elecciones con un plazo mínimo de, al menos, un mes de antelación al inicio del proceso electoral. En dicha comunicación los promotores deberán identificar con precisión la empresa y el centro de trabajo de ésta en que se desea celebrar el proceso electoral y la fecha de inicio de éste, que será la de constitución de la mesa electoral y que, en todo caso, no podrá comenzar antes de un mes ni más allá de tres meses contabilizados a partir del registro de la comunicación en la oficina pública dependiente de la autoridad laboral. Esta oficina pública, dentro del siguiente día hábil, expondrá en el tablón de anuncios los preavisos presentados, facilitando copia de los

misimos a los sindicatos que así lo soliciten.

Sólo previo acuerdo mayoritario entre los sindicatos más representativos o representativos de conformidad con la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante LOLS), podrá promoverse la celebración de elecciones de manera generalizada en uno o varios ámbitos funcionales o territoriales. Dichos acuerdos deberán comunicarse a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral para su depósito y publicidad.

Pero cuando se promuevan elecciones para renovar la representación por conclusión de la duración del mandato, tal promoción sólo podrá efectuarse a partir de la fecha en que falten tres meses para el vencimiento del mandato. Así mismo indicar que se prevé la promoción de elecciones parciales por dimisiones, revocaciones o ajustes de la representación por incremento de plantilla. Los convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Aunque el incumplimiento de cualquiera de los requisitos establecidos en este artículo para la promoción de elecciones determinará la falta de validez del correspondiente proceso electoral; no obstante también se establece que la omisión de la comunicación a la empresa podrá suplirse por medio del traslado a la misma de una copia de la comunicación presentada a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral, siempre que ésta se produzca con una anterioridad mínima de veinte días respecto de la fecha de iniciación del proceso electoral fijado en el escrito de promoción.

La duración del mandato de los delegados de personal y de los miembros del comité de empresa será de 4 años, entendiéndose que se mantendrán en funciones en el ejercicio de sus competencias y de sus garantías hasta tanto no se hubiesen promovido y celebrado nuevas elecciones.

Solamente podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del comité durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de sus electores y

por mayoría absoluta de éstos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto. No obstante, esta revocación no podrá efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo, ni replantearse hasta transcurridos, por lo menos, seis meses.

Si se produjesen vacantes por cualquier causa en los comités de empresa o de centros de trabajo, aquéllas se cubrirán automáticamente por el trabajador siguiente en la lista a la que pertenezca el sustituido. Cuando la vacante se refiera a los delegados de personal, se cubrirá automáticamente por el trabajador que hubiera obtenido en la votación un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos. El sustituto lo será por el tiempo que reste del mandato.

Las sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinciones de mandato se comunicarán a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral y al empresario, publicándose, asimismo en el tablón de anuncios.

El Procedimiento electoral, stricto sensu, se regula en los artículos 69 y siguientes del ET, que establecen que: Los miembros del comité de empresa (y los delegados de personal) se elegirán por todos los trabajadores mediante sufragio personal, directo, libre y secreto, que podrá emitirse por correo.

Gozan del derecho de sufragio activo todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes, y de sufragio pasivo los trabajadores que tengan dieciocho años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, seis meses, salvo en aquellas actividades en que, por movilidad de personal, se pacte en convenio colectivo un plazo inferior, con el límite mínimo de tres meses de antigüedad. Los trabajadores extranjeros podrán ser electores y elegibles cuando reúnan las condiciones referidas.

Se podrán presentar candidatos para las elecciones de delegados de personal y miembros del comité de empresa por los sindicatos de trabajadores legalmente constituidos o por las coaliciones formadas por dos o más de ellos, que deberán tener una denominación concreta atribuyéndose sus resultados a la coalición. Igualmente podrán presentarse los trabajadores que avalen su candidatura con un número de firmas de electores de su mismo centro y colegio, en su caso, equivalente al menos a tres veces el número de



puestos a cubrir.

En la elección para *delegados de personal*, cada elector podrá dar su voto a un número máximo de aspirantes equivalente al de puestos a cubrir entre los candidatos proclamados. Resultarán elegidos los que obtengan el mayor número de votos. En caso de empate, resultará elegido el trabajador de mayor antigüedad en la empresa.

Cuando se trata de elecciones para el *comité de empresa* se establece que: *En las empresas de más de cincuenta trabajadores, el censo de electores y elegibles se distribuirá en dos colegios, uno integrado por los técnicos y administrativos y otro por los trabajadores especialistas y no cualificados.*

Con todo en las elecciones a miembros del comité de empresa la elección se ajustará a las siguientes reglas:

- Cada elector podrá dar su voto a una sola de las listas presentadas para los del comité que corresponda a su colegio. Estas listas deberán contener, como mínimo, tantos nombres como puestos a cubrir. No obstante, la renuncia de cualquier candidato presentado en algunas de las listas para las elecciones antes de la fecha de la votación no implicará la suspensión del proceso electoral ni la anulación de dicha candidatura aun cuando sea incompleta, siempre y cuando la lista afectada permanezca con un número de candidatos, al menos, del sesenta por ciento de los puestos a cubrir. En cada lista deberán figurar las siglas del sindicato o grupo de trabajadores que la presenten.
- No tendrán derecho a la atribución de representantes en el comité de empresa aquellas listas que no hayan obtenido como mínimo el 5 por 100 de los votos por cada colegio.
- Mediante el sistema de representación proporcional se atribuirá a cada lista el número de puestos que le corresponda, de conformidad con el cociente que resulte de dividir el número de votos válidos por el de puestos a cubrir. Si hubiese puesto o puestos sobrantes se atribuirán a la lista o listas que tengan un mayor resto de votos.

- Dentro de cada lista resultarán elegidos los candidatos por el orden en que figuren en la candidatura.

Señalar que la inobservancia de cualquiera de las reglas precitadas determinará la anulabilidad de la elección del candidato o candidatos afectados.

En el caso de quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada estarán representados por los órganos ya citados conjuntamente con los trabajadores fijos de plantilla.

Por tanto, a efectos de determinar el número de representantes, se estará a lo siguiente:

a) Quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla.

b) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más.

En la empresa o centro de trabajo se constituirá una mesa por cada colegio de 250 trabajadores electores o fracción.

La mesa será la encargada de vigilar todo el proceso electoral, presidir la votación, realizar el escrutinio, levantar el acta correspondiente y resolver cualquier reclamación que se presente.

La mesa estará formada por el presidente, que será el trabajador de más antigüedad en la empresa, y dos vocales, que serán los electores de mayor y menor edad. Este último actuará de secretario. Se designarán suplentes a aquellos trabajadores que sigan a los titulares de la mesa en el orden indicado de antigüedad o edad. Ninguno de los componentes de la mesa podrá ser candidato, y de serlo le sustituirá en ella su suplente.

Cada candidato o candidatura, en su caso, podrá nombrar un interventor por mesa. Asimismo, el empresario podrá designar un representante suyo que asista a la votación y al escrutinio.

Procedimiento: comunicado a la empresa el propósito de celebrar elecciones, ésta, en el término de siete días, dará traslado de la misma a los trabajadores que deban constituir la mesa, así como a los representantes de los trabajadores, poniéndolo simultáneamente en conocimiento de los promotores.

La mesa electoral se constituirá formalmente, mediante acta otorgada al efecto, en la fecha fijada por los promotores en su comunicación del propósito de celebrar elecciones, que será la fecha de iniciación del proceso electoral.

Cuando se trate de elecciones a delegados de personal, el empresario, en el mismo término, remitirá a los componentes de la mesa electoral el censo laboral, que se ajustará, a estos efectos, a modelo normalizado.

La mesa electoral cumplirá las siguientes funciones:

- Hará público entre los trabajadores el censo laboral con indicación de quiénes son electores.
- Fijará el número de representantes y la fecha tope para la presentación de candidaturas.
- Recibirá y proclamará las candidaturas que se presenten.
- Señalará la fecha de votación.
- Redactará el acta de escrutinio en un plazo no superior a tres días naturales.

Los plazos para cada uno de los actos serán señalados por la mesa con criterios de razonabilidad y según lo aconsejan las circunstancias, pero, en todo caso, entre su constitución y la fecha de las elecciones no mediarán más de diez días.

En el caso de elecciones en centros de trabajo de hasta treinta trabajadores en los que se elige un solo delegado de personal, desde la constitución de la mesa hasta los actos de votación y proclamación de candidatos electos habrán de transcurrir veinticuatro horas, debiendo en todo caso la mesa hacer pública con la suficiente antelación la hora de celebración de la votación. Si se hubiera presentado alguna reclamación se hará constar

en el acta, así como la resolución que haya tomado la mesa.

Cuando se trate de elecciones a miembros del comité de empresa, constituida la mesa electoral se solicitará al empresario el censo laboral y confeccionará, con los medios que le habrá de facilitar éste, la lista de electores. Esta se hará pública en los tabloneros de anuncios mediante su exposición durante un tiempo no inferior a setenta y dos horas.

La mesa resolverá cualquier incidencia o reclamación relativa a inclusiones, exclusiones o correcciones que se presenten hasta veinticuatro horas después de haber finalizado el plazo de exposición de la lista. Publicará la lista definitiva dentro de las veinticuatro horas siguientes. A continuación, la mesa, o el conjunto de ellas, determinará el número de miembros del comité que hayan de ser elegidos en aplicación de lo dispuesto en el artículo 66.

Las candidaturas se presentarán durante los nueve días siguientes a la publicación de la lista definitiva de electores. La proclamación se hará en los dos días laborales después de concluido dicho plazo, publicándose en los tabloneros referidos. Contra el acuerdo de proclamación se podrá reclamar dentro del día laborable siguiente, resolviendo la mesa en el posterior día hábil.

Entre la proclamación de candidatos y la votación mediarán al menos cinco días.

El artículo 75 del ET dice que el acto de la votación se efectuará en el centro o lugar de trabajo y durante la jornada laboral, teniéndose en cuenta las normas que regulen el voto por correo y que el empresario facilitará los medios precisos para el normal desarrollo de la votación y de todo el proceso electoral.

El voto será libre, secreto, personal y directo, depositándose las papeletas, que en tamaño, color, impresión y calidad del papel serán de iguales características, en urnas cerradas.

Inmediatamente después de celebrada la votación, la mesa electoral procederá públicamente al recuento de votos mediante la lectura por el Presidente, en voz alta de las papeletas.

Del resultado del escrutinio se levantará acta según modelo normalizado en la que se incluirán las incidencias y protestas habidas en su caso. Una vez redactada el acta será firmada por los componentes de la mesa, los interventores y el representante del empresario, si lo hubiere. Acto seguido, las mesas electorales de una misma empresa o centro, en reunión conjunta, extenderán el acta del resultado global de la votación.

El presidente de la mesa remitirá copias del acta de escrutinio al empresario y a los interventores de las candidaturas, así como a los representantes electos. El resultado de la votación se publicará en los tablones de anuncios.

El original del acta, junto con las papeletas de votos nulos o impugnados por los interventores y el acta de constitución de la mesa, serán presentadas en el plazo de tres días a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral por el Presidente de la mesa, quien podrá delegar por escrito en algún miembro de la mesa. La oficina pública dependiente de la autoridad laboral procederá en el inmediato día hábil a la publicación en los tablones de anuncios de una copia del acta, entregando copia a los sindicatos que así se lo soliciten y dará traslado a la empresa de la presentación en dicha oficina pública del acta correspondiente al proceso electoral que ha tenido lugar en aquélla, con indicación de la fecha en que finaliza el plazo para impugnarla y mantendrá el depósito de las papeletas hasta cumplirse los plazos de impugnación. La oficina pública dependiente de la autoridad laboral, transcurridos los diez días hábiles desde la publicación, procederá o no al registro de las actas electorales.

Corresponde a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral el registro de las actas, así como la expedición de copias auténticas de las mismas y, a requerimiento del sindicato interesado, de las certificaciones acreditativas de su capacidad representativa a los efectos de los artículos 6 y 7 de la LOLS. Dichas certificaciones consignarán si el sindicato tiene o no la condición de más representativo o representativo, salvo que el ejercicio de las funciones o facultades correspondientes requiera la precisión de la concreta representatividad ostentada.

La denegación del registro de un acta por la oficina pública dependiente de la autoridad laboral sólo podrá hacerse cuando se trate de actas que no vayan extendidas en el modelo

oficial normalizado, falta de comunicación de la promoción electoral a la oficina pública, falta de la firma del Presidente de la mesa electoral y omisión o ilegibilidad en las actas de alguno de los datos que impida el cómputo electoral.

En estos supuestos, la oficina pública dependiente de la autoridad laboral requerirá, dentro del siguiente día hábil, al Presidente de la mesa electoral para que en el plazo de diez días hábiles proceda a la subsanación correspondiente. Dicho requerimiento será comunicado a los sindicatos que hayan obtenido representación y al resto de las candidaturas. Una vez efectuada la subsanación, esta oficina pública procederá al registro del acta electoral correspondiente. Transcurrido dicho plazo sin que se haya efectuado la subsanación o no realizada ésta en forma, la oficina pública dependiente de la autoridad laboral procederá, en el plazo de diez días hábiles, a denegar el registro, comunicándolo a los sindicatos que hayan obtenido representación y al presidente de la mesa. En el caso de que la denegación del registro se deba a la ausencia de comunicación de la promoción electoral a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral no cabrá requerimiento de subsanación, por lo que, comprobada la falta por dicha oficina pública, ésta procederá sin más trámite a la denegación del registro, comunicándolo al Presidente de la mesa electoral, a los sindicatos que hayan obtenido representación y al resto de las candidaturas.

La resolución denegatoria del registro podrá ser impugnada ante el orden jurisdiccional social.

Por tanto encontramos que junto a la representación unitaria ya expuesta existe otra de carácter sindical, toda vez que se permite al sindicato introducir en estos mismos establecimientos un ente propio, la **sección sindical**. El mecanismo de representación de los trabajadores en la empresa de carácter sindical, la sección sindical, existe como manifestación de la libertad organizativa interna del sindicato con posibilidad de llevar a cabo en dicho ámbito la acción reivindicativa. Junto a lo anterior, y con el carácter de contenido adicional de la libertad sindical, la LOLS permitirá que el sindicato a través de su sección sindical extienda su actuación al interior de las empresas, ejerciendo, además de las acciones reivindicativas, otras de carácter participativo.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el Tribunal Constitucional ha considerado que las secciones sindicales son “instancias organizativas internas del sindicato” y también “representaciones externas a las que la Ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas, que suponen correlativamente cargas y costes para la empresa”.

La expresión constitucional puede entenderse referida a una única naturaleza de la institución y a sus funciones, en cuanto a su naturaleza, la sección sindical es un órgano de la estructura interna del sindicato del que éste se dota en el ejercicio de su facultad organizativa y por lo que se refiere a sus funciones, (representar y defender los intereses de los trabajadores, en cualquier ámbito) estamos una facultad connatural al sindicato, que debe ser ejercida por sus distintos órganos, y entre ellos se encuentra la sección sindical.

La sección sindical es pues el vehículo que permite al sindicato el acceso al interior de la empresa y que, en consecuencia, no admite un tratamiento independiente de esta organización en la que se integra.

En cuanto a la constitución de la sección sindical recalcar que no existe un procedimiento a seguir para tener por constituida la sección. Sin embargo parece que será necesaria algún tipo de comunicación al empresario del hecho de la constitución para que la sección sindical pueda desplegar su actividad básica y pueda solicitar la efectividad de los derechos que le correspondieran.

Al igual que ocurre con el tema de la constitución de la sección sindical tampoco encontramos en la LOLS previsiones sobre su organización interna y funcionamiento, por lo que dependerán de lo que disponga el propio sindicato en cada caso, y es precisamente esta peculiar forma de constitución de la sección sindical la que determina su dinámica de funcionamiento, y por tanto determina su existencia, su duración o vigencia, su disolución y su extinción que se encuentran directamente vinculadas a la voluntad sindical en cada caso concreto.

Debe destacarse la importancia del tratamiento y valoración de la denominada implantación sindical. La implantación entendida como presencia de afiliados en el ámbito personal, territorial o funcional de referencia, posibilitará la aplicación de los derechos

reconocidos al sindicato a través de su sección sindical únicamente en aquellos marcos en los que pueda acreditar su presencia efectiva.

Un supuesto particular del ámbito al que referir la actuación de la sección sindical lo constituye el grupo de empresas, a nivel comunitario ya se ha previsto con la Directiva 94/45/CE del Consejo, la existencia de un órgano de representación de los trabajadores en empresas o grupos de empresas transnacionales, orientado al derecho a la información y la consulta de los trabajadores que prestan servicios en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, porque se entiende que ante determinados modelos de la organización empresarial dichos derechos pueden adolecer de la necesaria efectividad. Ello permite concluir que la sección sindical, en cuanto que órgano del sindicato en la empresa, podría ser constituida en cualquier ámbito organizativo empresarial, aunque eso sí, siempre en su nivel máximo: empresa o grupo de empresas, y desarrollar en él todas las facultades vinculadas a la acción sindical.

La sección sindical desarrolla funciones de representación (negociación colectiva, huelga, promoción de conflictos individuales) y de participación (artículo 10 de la LOLS).

E obligado referirse a la figura del delegado sindical, caracterizado por la misma Ley como el representante de la sección sindical (artículo 10 LOLS). Pero la LOLS sólo toma en consideración a un concreto número de delegados sindicales de determinadas secciones sindicales, y solo en algunas empresas o centros de trabajo.

Lo anterior permite hablar de dos tipos de delegados sindicales según posean o no atribuciones de acuerdo con la LOLS. En el primer caso existirá un reconocimiento a efectos externos, más allá del estricto marco de la sección sindical, de los delegados sindicales beneficiados por el artículo 10 LOLS, los identificados habitualmente con el término “delegado sindical”. El segundo tipo lo integrarán aquellos delegados sindicales que deben limitar su actuación a la estricta representación de la sección sindical, habiendo sido objeto de muy diversas denominaciones: “portavoces”, “delegados internos”, “delegados privados”, etc.

Pr tanto, toda sección sindical actuará representada por delegados sindicales. Será por mediación de estos sujetos como se ejerciten las facultades que integran la libertad



sindical, sin perjuicio de que algunos de ellos, de concurrir todas las exigencias requeridas por la LOLS, cuenten además con otras facultades añadidas a las generales. Al igual que sucedía con la sección sindical, la LOLS ha remitido a las disposiciones de cada central sindical los aspectos relativos a la estructura y funcionamiento de los delegados sindicales, sin perjuicio de que también en este caso sea necesario comunicar su existencia al empresario. Pero sí se exigen una serie de requisitos para la existencia de delegados sindicales relativos a la empresa o centro de trabajo y al sindicato de pertenencia. Por lo que hace al sindicato, éste debe contar con presencia unitaria en la empresa. En cuanto a la empresa o el centro de trabajo, la exigencia es que se superen los 250 trabajadores.

**CRISTINA CASTROVIEJO OJEA**

LCDA. EN DERECHO. CUERPO SUPERIOR DE LA  
ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

**ACTUALIZADO MARTA CARBALLO NEIRA**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 6**

**CONCEPTO Y PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: ESTRUCTURA Y ÁMBITO. RÉGIMEN GENERAL Y RÉGIMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ENTIDADES GESTORAS Y DE SERVICIOS**

## **TEMA 6. CONCEPTO Y PRINCIPIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: ESTRUCTURA Y ÁMBITO. RÉGIMEN GENERAL Y RÉGIMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL. LA GESTIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ENTIDADES GESTORAS Y DE SERVICIOS**

### **1. Concepto y principios de la Seguridad Social**

La vigente Constitución de 27 de diciembre de 1978 establece en su artículo 41 que *los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.*

La competencia exclusiva en materia de legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las CCAA, corresponde al Estado.

El legislador desarrolla este precepto que es principio rector de la política social y económica a través **del Real decreto legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social** (en adelante TRLGSS). El **artículo 2 del TRLGSS** dispone que *el sistema de la Seguridad Social, configurado por la acción protectora en sus modalidades contributiva y no contributiva, se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad. El Estado, por medio de la Seguridad Social, garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley.*

Conviene hacer una somera referencia a los antecedentes de esta norma. Dentro de la Seguridad Social se distinguen tres sistemas distintos:

- El sistema de seguros sociales (anterior a 01/01/1967).
- El sistema contributivo (desde el 01/01/1967).
- El sistema de Seguridad Social de asistencia (desde la promulgación de la vigente Constitución).



- Se parte de la creación de la Ley de accidentes de 1900 a la que sigue el primer seguro social (el retiro obrero obligatorio). En 1939 se transforma en el Subsidio de vejez y en 1947 pasa a ser Seguro obligatorio de vejez e invalidez (SOVI). Ya en 1929 existía el Seguro de maternidad pero no será hasta 1942 cuando aparece el Seguro de enfermedad. Finalmente, en 1961, surge el Seguro nacional de desempleo. Todos estos seguros se gestionaban a través del Instituto Social de Previsión, que se creó en 1908 para promover la idea del seguro entre los trabajadores.

Paralelamente aparecen las mutualidades laborales (1946) y el plus familiar. Las primeras surgen como un complemento en la protección de diversas profesiones y el segundo se financiaba exclusivamente por el empleador o empresario y permitía la constante actualización de los salarios.

Pero los precitados mecanismos de protección resultaron ser insuficientes y muy desiguales.

Los principios rectores o que caracterizan al actual modelo de Seguridad Social se concretan en los siguientes:

- Supresión del ánimo de lucro.
- Financiación tripartita, ya que se financia a cargo del empresario, del trabajador y del Estado.
- Gestión pública, ya que es la propia Administración la que se encarga de la gestión del sistema a través de las correspondientes unidades gestoras (aunque la Seguridad Social de carácter complementario que recoge el A.41 CE puede gestionarse a través de entidades privadas).
- Participación de los interesados en la gestión, ya que la propia CE establece en el A.129 la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social. La regulación provisional de dicha participación se llevó a cabo por el Real decreto 3.064/1978, que dispone la «participación de los sindicatos, empresarios y Administración pública en el funcionamiento de la Seguridad Social, la salud y el empleo». Los RR.DD. 1.854/1979, 1.855/1979 y 1.856/1979, relativos a la estructura y competencias del INSS, INSALUD e INSERSO (hoy IMSERSO),

precisan los términos de esa participación en los órganos directivos de dichos entes gestores de la Seguridad Social. La O. 17.1.1980 reglamenta por su parte los consejos generales de los citados entes.

- Es un sistema de tendencia a la unidad, porque el ejecutivo puede integrar cualquier régimen especial en el general.

### **1. El sistema de Seguridad Social: estructura y ámbito.**

Históricamente aparece como una nueva técnica de sistematización y racionalización de los seguros sociales existentes, pero implicó cambios importantes, introdujo nuevos conceptos que perfeccionan el sistema de protección y sus objetivos económicos y sociales.

Así, tenemos que del concepto de «seguro social» se pasa al de «Seguridad Social», término que se adoptó en la Ley de seguridad americana de 1935 y en el sistema de neozelandés.

Los cambios supusieron: la unificación de los seguros sociales (cotización única y gestión centralizada), la consideración conjunta de las contingencias protegidas, una racionalización de la estructura por regímenes y colectivos, así como una racionalización de la gestión (a la que se dota notablemente de carácter público), una simplificación de la organización (técnica, administrativa y financiera) y de los regímenes jurídicos.

También supone un cambio importante en relación con el Seguro social la técnica de las pensiones mínimas y de las revalorizaciones de las pensiones, la configuración pública de las cotizaciones (rompiendo la relación prestaciones-cotización) y la introducción de prestaciones de servicios, preventivas.

Se reciclan viejas técnicas e irrumpe la denominada Seguridad Social no contributiva, cuyo objetivo es atender a los riesgos de la sociedad industrial para los que lleven a cabo una actividad profesional y suplir las carencias del sistema contributivo y conseguir el objetivo social de una cierta redistribución de la renta hacia los sectores no protegidos por el sistema (ancianos o inválidos, sin derecho a pensión, viudas sin recursos económicos, etc.).

La estructura del sistema de SS implica la existencia de:

- Régimen general, a través del cual se protege al colectivo más amplio. Se regula en el título II TRLGSS.
- Regímenes especiales, que, según establece el **art. 10.1** se establecerán *en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social*. Se regulan en el A. 10 del TRLGSS.

Tras la **LGSS de 1994**: se mantienen los siguientes regímenes especiales (**art. 10.2**), tras la modificación operada por la DF 1.1 de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen especial agrario de la Seguridad Social en el Régimen general de la Seguridad Social:

- a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos. (**D. 2530/1970, de 20 de agosto**, por el que se regula el **régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos**, desarrollado por **O. de 24 de septiembre de 1970**).
- b) Trabajadores del mar. (**D. 2864/1974, de 30 de agosto, por el que se aprueba el TR del régimen especial de SS de trabajadores del mar; D. 1867/1970, de 9 de julio, aprueba su reglamento**).
- c) Funcionarios públicos, civiles y militares. Pese a que el **art. 10 de la LGSS** contempla dentro del sistema de la Seguridad Social a los funcionarios públicos civiles y militares, su régimen jurídico de Seguridad Social está fuera y se regula por normas propias. No obstante, se ha iniciado un proceso de integración en el régimen general que ha comenzado con los funcionarios de la Administración local, y los de las comunidades autónomas. Los demás, constituyen todavía regímenes especiales periféricos, exteriores al sistema de la Seguridad Social y regulados por normas propias.
- d) Estudiantes. (**Ley de 17 de julio de 1953 sobre establecimiento del Seguro escolar**).
- e) Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo.

Y por lo que se refiere a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado, hay que tener en cuenta la **D. A. 4ª TRLGSS**, según la cual: *"Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes:*

*a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen general o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.*

*b) Como trabajadores autónomos en el Régimen especial correspondiente".*

En consecuencia, de lo expuesto resulta que el modelo español de Seguridad Social no es homogéneo, no es el mismo para todas las personas que quedan protegidas por aquel.

El régimen general protege al sector más numeroso de la población y representa el ideal de cobertura, ya que se ha constatado una tendencia a la supresión de los regímenes especiales (permanecerían un máximo de tres: trabajadores por cuenta ajena, autónomos y funcionarios) y los restantes se integrarían en el régimen general.

### **1. Régimen general y regímenes especiales de la Seguridad Social.**

Además de lo ya expuesto, por lo que se refiere al **régimen general** en concreto, señalar que el **A. 97 TRLGSS** establece que estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen general de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados y a tales efectos se declaran expresamente comprendidos:

*a) Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aun cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente ley.*

*Excepto que por razón de su actividad marítimo-pesquera corresponda su inclusión como trabajadores por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen especial de trabajadores del mar.*

*b) Los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares.*

*c) El personal civil no funcionario dependiente de organismos, servicios o entidades del Estado.*

*d) El personal civil no funcionario al servicio de organismos y entidades de la Administración local, siempre que no estén incluidos en virtud de una ley especial en otro régimen obligatorio de previsión social.*

*e) Los laicos o seglares que presten servicios retribuidos en los establecimientos o dependencias de las entidades o instituciones eclesiásticas. Por acuerdo especial con la jerarquía eclesiástica competente se regulará la situación de los trabajadores laicos y seglares que presten sus servicios retribuidos a organismos o dependencias de la Iglesia y cuya misión primordial consista en ayudar directamente en la práctica del culto.*

*f) Las personas que presten servicios retribuidos en las entidades o instituciones de carácter benéfico-social.*

*g) El personal contratado al servicio de notarías, registros de la propiedad y demás oficinas o centros similares.*

*h) Los funcionarios en prácticas que aspiren a incorporarse a cuerpos o escalas de funcionarios que no estén sujetos al Régimen de clases pasivas y los altos cargos de las Administraciones públicas que no sean funcionarios públicos, así como los funcionarios de nuevo ingreso de las comunidades autónomas.*

*i) Los funcionarios del Estado transferidos a las comunidades autónomas que hayan ingresado o ingresen voluntariamente en cuerpos o escalas propios de la comunidad autónoma de destino, cualquiera que sea el sistema de acceso.*

*j) Los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las juntas generales de los territorios históricos forales, cabildos insulares canarios y consejos insulares baleares que desempeñen sus cargos con dedicación exclusiva o parcial, a salvo de lo previsto en los artículos 74 y 75, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.*

*k) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de*



*la presente ley, cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma.*

*Excepto que, por razón de su actividad marítimo-pesquera, corresponda su inclusión como trabajadores asimilados por cuenta ajena en el campo de aplicación del Régimen especial de trabajadores del mar.*

*l) Los cargos representativos de los sindicatos constituidos al amparo de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical que ejerzan funciones sindicales de dirección con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución.*

*m) Cualesquiera otras personas que, en lo sucesivo y por razón de su actividad, sean objeto, por real decreto a propuesta del ministro de Trabajo y Seguridad Social, de la asimilación prevista en el apartado 1 de este artículo.*

También están incluidos en el régimen general de la Seguridad Social:

- Españoles que ostenten la condición de funcionarios de organismos internacionales.
- Integrados en autónomos: están los trabajadores ferroviarios, artistas, toreros (profesionales taurinos como matadores, rejoneadores, sobresalientes, puntilleros, toreros cómicos y los aspirantes a tales categorías), representantes de comercio que tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena de acuerdo con la normativa laboral y jugadores profesionales de fútbol que residan y ejerzan normalmente su profesión en territorio nacional.
- Las entidades que actuaban como sustitutorias del régimen general, proceso de integración que arranca con el Decreto 2248/1985.
- Ciclistas profesionales (Real decreto 1820/1991).
- Personal incluido en la mutualidad nacional de previsión de la administración local (Real decreto 480/1993).
- Jugadores profesionales de balonmano (Real decreto 1708/1997), destacando que mediante el Real decreto 287/2003, se integran otros deportistas profesionales que se encontraban pendientes de integración.

Por lo que atañe a los **regímenes especiales** destacar que si bien su creación viene inicialmente determinada por la concurrencia en determinadas actividades de notas específicas debidas a su naturaleza, o a la propia naturaleza de los procesos productivos a las que resultan indisolublemente asociadas o por especiales condiciones de tiempo y lugar de la prestación del trabajo, lo que realmente caracteriza al Régimen especial de la Seguridad Social es que la prestación que dispensa es distinta tanto del régimen general como entre cada uno de los regímenes especiales entre sí. Hay que insistir en la distinción de los regímenes especiales expuestos de la circunstancia de que en aquellos regímenes de la Seguridad Social en que así resulte necesario, podrán establecerse sistemas especiales exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación. En la regulación de tales sistemas informará el ministerio competente por razón de la actividad o condición de las personas en ellos incluidas.

Como sistemas especiales y siguiendo a Almansa, se puede afirmar que un sistema es especial por la particular ordenación administrativa de un sector dentro del ámbito protegido por el régimen general o por otro especial. Por tanto en todo lo no previsto en un sistema especial se aplicarán las normas generales del régimen de que se trate. En la práctica solo se han regulado sistemas especiales dentro del régimen general, que son los de la industria resinera, los servicios extraordinarios de hostelería, la industria de conservas vegetales, empresas dedicadas a la manipulación, envasado y comercialización de frutas y hortalizas, los manipuladores o empaquetadores de tomate fresco realizado por cosecheros exportadores, los trabajadores fijos discontinuos que presten servicios en empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiesta y finalmente, los trabajadores fijos discontinuos que presten servicios en empresas de estudios de mercado y de opinión pública.

Como se anticipó el **artículo 10.2 TRLGSS** los que considera regímenes especiales:

- a) Trabajadores por cuenta propia o autónomos.
- b) Trabajadores del mar.
- c) Funcionarios públicos, civiles y militares.
- d) Estudiantes.

e) Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo.

En concreto

- Régimen especial de los trabajadores del mar: comprende igualmente la posibilidad de que el trabajo se realice por cuenta propia o por cuenta ajena, pero ofrece un concepto legal de trabajador por cuenta ajena a estos efectos “*los empleados en la marina mercante, pesca marítima, tráfico interior de puertos y similares; los estibadores portuarios, los trabajadores del servicio auxiliar sanitario y de fonda y cocina a bordo de las embarcaciones que transporten a emigrantes españoles; los administrativos, técnicos y subalternos al servicio de empresas que se dediquen a las actividades precitadas y los armadores de embarcaciones con más de 10 TM de registro bruto o más de 5 tripulantes, si figuran en el rol y perciben como retribución una participación en el denominado monte menor o bien un salario como tripulantes*”. El legislador considera a estos efectos trabajadores por cuenta propia: “*los armadores de embarcaciones que no excedan de las 10 TM de registro bruto o no lleven más de cinco tripulantes, incluidos ellos; los trabajadores que se dediquen a extracción de productos del mar y aquellos rederos que no realicen sus tareas por cuenta de una empresa determinada*”.
- Régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos: incluye a los trabajadores mayores de 18 años que se de modo habitual, personal y directo realizan una actividad económica a título lucrativo y sin sujeción a contrato de trabajo. Así *ab initio* se presume que es autónomo todo titular de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario o usufructuario; los escritores de libros; aquellos trabajadores autónomos extranjeros que residen y ejercen legalmente su actividad en territorio nacional siempre que un tratado/convenio internacional así lo autoricen y se aplique el principio de reciprocidad y, en todo caso, los trabajadores de la UE; los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado cuando opten por este régimen en sus estatutos; los socios de sociedades regulares colectivas y socios colectivos de sociedades comanditarias que reúnan los requisitos legales; los trabajadores

autónomos agrícolas titulares de explotaciones agrarias con determinado valor de líquido imponible con cargo al ejercicio de 1982; los socios de sociedades capitalistas o de responsabilidad limitada que sean miembros de órganos de administración y desarrollen en sus empresas funciones ejecutivas y de gerencia y dirección a título lucrativo, de forma personal, habitual y directa, sin estar sujetos a contrato de trabajo o los comuneros o socios de las comunidades de bienes y sociedades civiles irregulares que asuman la dirección de la empresa y el riesgo y ventura de ella, con responsabilidad limitada de todos sus bienes y para obtener beneficios.

- Régimen especial de los estudiantes: acoge a estudiantes menores de 28 años, matriculados en 3º y 3º de ESO programas de garantía social, bachillerato, FP y estudios universitarios de grado medio y superior y quienes cursen tercer ciclo para la obtención del título de doctor. También incluye a estudiantes de la UE y estudiantes extranjeros cuyos países de origen tengan convenios de reciprocidad expresa con España.
- Régimen especial de los funcionarios: dentro de esta categoría existen algunos regímenes especiales como MUFACE, ISFAS y MUGEJU

Por otra parte, en cuanto al anterior Régimen especial agrario, debe señalarse que la Ley 28/2011, establece la integración en el Régimen general de la Seguridad Social, desde la entrada en vigor de la misma, el 1 de enero de 2012, a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen especial agrario de la Seguridad Social y a los empresarios a los que prestan sus servicios, también incluidos en este último régimen, previéndose, asimismo, idéntica integración respecto a los trabajadores y empresarios que en el futuro desempeñen actividades agrarias así como la lógica aplicación al colectivo integrado de las normas reguladoras del Régimen general, sin perjuicio de las particularidades contempladas al respecto en esta norma legal.

Del mismo modo, la Ley 27/2011, prevé la integración, desde su entrada en vigor, el 1 de enero de 2012, del régimen especial de los empleados de hogar en el Régimen general de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores, quienes tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los

mismos términos y condiciones que en el Régimen general, con las peculiaridades que se determinen reglamentariamente.

En ambos casos, no obstante, con peculiaridades que la propia ley deja a desarrollo reglamentario.

#### **4. La gestión de la Seguridad Social: entidades gestoras y servicios comunes.**

A la gestión de la Seguridad Social se dedican los **artículos 57 y siguientes del TRLGSS** estableciendo que *la gestión y administración de la Seguridad Social se efectuará, bajo la dirección y tutela de los respectivos departamentos ministeriales, con sujeción a principios de simplificación, racionalización, economía de costes, solidaridad financiera y unidad de caja, eficacia social y descentralización, por las siguientes **entidades gestoras**:*

*a) El Instituto Nacional de la Seguridad Social, para la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, con excepción de las que se mencionan en el apartado c) siguiente. Previendo no obstante la Disposición derogatoria única de la Ley 27/2011, la derogación de este precepto cuando en el momento de constitución y entrada en funcionamiento de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social.*

*b) El Instituto Nacional de la Salud, para la administración y gestión de servicios sanitarios.*

*c) El Instituto Nacional de Servicios Sociales, para la gestión de las pensiones de invalidez y de jubilación, en sus modalidades no contributivas, así como de los servicios complementarios de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social.*

Las distintas entidades gestoras, a efectos de la debida homogeneización y racionalización de los servicios, coordinarán su actuación en orden a la utilización de instalaciones sanitarias, mediante los conciertos o colaboraciones que al efecto se determinen entre las mismas.



Las entidades gestoras tienen la naturaleza de entidades de derecho público y capacidad jurídica para el cumplimiento de los fines que les están encomendados.

En cuanto a su **estructura y competencias** el legislador dispone que el Gobierno, a propuesta del departamento ministerial de tutela, reglamentará la estructura y competencias de las entidades a que se refiere el artículo anterior y que las entidades gestoras desarrollarán su actividad en régimen descentralizado, en los diferentes ámbitos territoriales si bien los centros asistenciales de las entidades gestoras podrán ser gestionados y administrados por las entidades locales.

Además el TRLGSS faculta al Gobierno para regular la participación en el control y vigilancia de la gestión de las entidades gestoras, que se efectuará gradualmente, desde el nivel estatal al local, por órganos en los que figurarán, fundamentalmente, por partes iguales, representantes de los distintos sindicatos, de las organizaciones empresariales y de la Administración pública.

Las entidades gestoras, con la previa conformidad del departamento ministerial de tutela, podrán pertenecer a asociaciones y organismos internacionales, concertar operaciones, establecer reciprocidad de servicios con instituciones extranjeras de análogo carácter y participar, en la medida y con el alcance que se les atribuya, en la ejecución de los convenios internacionales de Seguridad Social.

### **Servicios comunes**

El establecimiento de servicios comunes, así como la reglamentación de su estructura y competencias corresponde al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La Tesorería General de la Seguridad Social es un servicio común con personalidad jurídica propia, en el que, por aplicación de los principios de solidaridad financiera y caja única, se unifican todos los recursos financieros, tanto por operaciones presupuestarias como extrapresupuestarias. Tendrá a su cargo la custodia de los fondos, valores y créditos y las

atenciones generales y de los servicios de recaudación de derechos y pagos de las obligaciones del sistema de la Seguridad Social.

No obstante, y del mismo modo, se prevé en la Disposición derogatoria única de la Ley 27/2011, la derogación de estos artículos 62 y 63 cuando en el momento de constitución y entrada en funcionamiento de la Agencia Estatal de la Administración de la Seguridad Social.

### **Normas comunes a las entidades gestoras y servicios comunes**

- ***Reserva de nombre:*** ninguna entidad pública o privada podrá usar en España el título o los nombres de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, ni los que puedan resultar de la adición a los mismos de algunas palabras o de la mera combinación, en otra forma, de las principales que los constituyen. Tampoco podrán incluir en su denominación la expresión Seguridad Social, salvo expresa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- ***Exenciones tributarias y otros beneficios:*** las entidades gestoras y servicios comunes disfrutarán en la misma medida que el Estado, con las limitaciones y excepciones que, en cada caso, establezca la legislación fiscal vigente, de exención tributaria absoluta, incluidos los derechos y honorarios notariales y registrales, por los actos que realicen o los bienes que adquieran o posean afectados a sus fines, siempre que los tributos o exacciones de que se trate recaigan directamente sobre los organismos de referencia en concepto legal de contribuyente y sin que sea posible legalmente la traslación de la carga tributaria a otras personas. También gozarán, en la misma medida que el Estado, de franquicia postal y telegráfica.
- ***Reserva de datos y régimen de personal:*** los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto:
  - a) La investigación o persecución de delitos públicos por los órganos jurisdiccionales, el Ministerio Público o la Administración de la Seguridad Social.





- b) La colaboración con las Administraciones tributarias a efectos del cumplimiento de obligaciones fiscales en el ámbito de sus competencias.
  - c) La colaboración con el sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y la Intervención General de la Seguridad Social, en el ejercicio de sus funciones de inspección y control interno o con las demás entidades gestoras de la Seguridad Social distintas del cedente y demás órganos de la Administración de la Seguridad Social y para los fines de estadística pública en los términos de la Ley reguladora de dicha función pública.
  - d) La colaboración con cualesquiera otras Administraciones públicas para la lucha contra el fraude en la obtención o percepción de ayudas o subvenciones a cargo de fondos públicos, incluidos los de la Unión Europea, así como en la obtención o percepción de prestaciones incompatibles en los distintos regímenes del sistema de la Seguridad Social.
  - e) La colaboración con las comisiones parlamentarias de investigación en el marco legalmente establecido.
  - f) La protección de los derechos e intereses de los menores o incapacitados por los órganos jurisdiccionales o el Ministerio Público.
  - g) La colaboración con el Tribunal de Cuentas en el ejercicio de sus funciones de fiscalización de la Administración de la Seguridad Social.
  - h) La colaboración con los jueces y tribunales en el curso del proceso y para la ejecución de resoluciones judiciales firmes. La solicitud judicial de información exigirá resolución expresa, en la que, por haberse agotado los demás medios o fuentes de conocimiento sobre la existencia de bienes y derechos del deudor, se motive la necesidad de recabar datos de la Administración de la Seguridad Social.
- El acceso a los datos, informes o antecedentes de todo tipo obtenidos por la Administración de la Seguridad Social sobre personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su soporte, por el personal al servicio de aquélla y para fines distintos de las funciones que le son propias, se considerará siempre falta disciplinaria grave. Cuantas autoridades y personal al servicio de la Administración de la Seguridad



Social tengan conocimiento de estos datos o informes estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos de los delitos citados, en los que se limitarán a deducir el tanto de culpa o a remitir al Ministerio Fiscal relación circunstanciada de los hechos que se estimen constitutivos de delito. Con independencia de las responsabilidades penales o civiles que pudieran corresponder, la infracción de este particular deber de sigilo se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

\*Los funcionarios de la Administración de la Seguridad Social se regirán por lo dispuesto en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, y demás disposiciones que les sean de aplicación.

- ***Suministro de información a las entidades gestoras de las prestaciones económicas de la Seguridad Social:*** la ley establece los siguientes supuestos de suministro de información a las entidades gestoras de la Seguridad Social:

a) Por los organismos competentes dependientes del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas o, en su caso, de las comunidades autónomas o de las diputaciones forales se facilitarán, dentro de cada ejercicio anual, a las entidades gestoras de la Seguridad Social responsables de la gestión de las prestaciones económicas y, a petición de las mismas, los datos relativos a los niveles de renta y demás ingresos de los titulares de prestaciones, en cuanto determinen el derecho a las mismas, así como de los beneficiarios cónyuges y otros miembros de las unidades familiares, siempre que se deban de tener en cuenta para el reconocimiento, mantenimiento o cuantía de dichas prestaciones a fin de verificar si aquellos cumplen en todo momento las condiciones necesarias para la percepción de las prestaciones y en la cuantía legalmente establecida.

También se facilitará por los mismos organismos, a petición de las entidades gestoras de la Seguridad Social, un número de cuenta corriente del interesado para proceder, cuando se reconozca la prestación, a su abono.



b) El organismo que designe el Ministerio de Justicia facilitará a las entidades gestoras de la Seguridad Social la información que éstas soliciten acerca de las inscripciones y datos que guarden relación con el nacimiento, modificación, conservación o extinción del derecho a las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

c) Los empresarios facilitarán a las entidades gestoras de la Seguridad Social, los datos que éstas les soliciten para poder efectuar las comunicaciones a través de sistemas informáticos, electrónicos y/o telemáticos, que garanticen un procedimiento de comunicación ágil en el reconocimiento y control de las prestaciones de la Seguridad Social relativas a sus trabajadores.

Los datos que se faciliten en relación con los trabajadores deberán identificar, en todo caso, nombre y apellidos, documento nacional de identidad o número de identificación de extranjero y domicilio.

d) Por el Instituto Nacional de Estadística se facilitarán a las entidades gestoras de la Seguridad Social responsables de la gestión de las prestaciones económicas los datos de domicilio relativos al padrón municipal que puedan guardar relación con el nacimiento, modificación, conservación o extinción del derecho a las prestaciones en cualquier procedimiento, así como con la actualización de la información obrante en las bases de datos del Sistema de Seguridad Social.

Todos los datos relativos a los solicitantes de prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social que obren en poder de las entidades gestoras y que hayan sido remitidos por otros organismos públicos o por empresas mediante transmisión telemática, o cuando aquellos se consoliden en las bases de datos corporativas del Sistema de Seguridad Social como consecuencia del acceso informático directo a las bases de datos corporativas de otros organismos o empresas, surtirán plenos efectos y tendrán la misma validez que si hubieran sido notificados por dichos organismos o empresas mediante certificación en soporte papel.

Los suministros de información a las entidades gestoras de la Seguridad Social mencionados no precisarán consentimiento previo del interesado.

Los datos, informes y antecedentes suministrados conforme a lo dispuesto anteriormente únicamente serán tratados en el marco de las funciones de gestión de prestaciones atribuidas a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 66 de esta ley.

Finalmente y por lo que se refiere a la **colaboración**, el TRLGSS establece que la colaboración en la gestión del sistema de la Seguridad Social se llevará a cabo por mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y por empresas, de acuerdo con lo establecido en la presente sección.

La colaboración en la gestión se podrá realizar también por asociaciones, fundaciones y entidades públicas y privadas, previa su inscripción en un registro público.

Sobre esta materia ha introducido diversas modificaciones en el TRLGSS la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica este en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

### **Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social (mutuas colaboradoras con la Seguridad Social).**

Señala el artículo 68 TRLGSS que son mutuas colaboradoras con la Seguridad Social las asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el registro especial dependiente de éste, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela del mismo, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en la ley. Una vez constituidas, adquieren personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines. El ámbito de actuación de las mismas se extiende a todo el territorio del Estado.

Su objeto es el desarrollo, mediante la colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de las siguientes actividades de la Seguridad Social:

a) La gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de

trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social, así como de las actividades de prevención de las mismas contingencias que dispensa la acción protectora.

b) La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

c) La gestión de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

d) La gestión de las prestaciones económicas por cese en la actividad de los trabajadores por cuenta propia, en los términos establecidos en la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos.

e) La gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

f) Las demás actividades de la Seguridad Social que les sean atribuidas legalmente.

Las prestaciones y los servicios atribuidos a la gestión de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social forman parte de la acción protectora del sistema y se dispensarán a favor de los trabajadores al servicio de los empresarios asociados y de los trabajadores por cuenta propia adheridos conforme a las normas del régimen de la Seguridad Social en el que estén encuadrados y con el mismo alcance que dispensan las entidades gestoras en los supuestos atribuidos a las mismas, con las siguientes particularidades:

a) Respecto de las contingencias profesionales, corresponderá a las mutuas la determinación inicial del carácter profesional de la contingencia, sin perjuicio de su posible revisión o calificación por la entidad gestora competente de acuerdo con las normas de aplicación.

Los actos que dicten las mutuas, por los que reconozcan, suspendan, anulen o extingan derechos en los supuestos atribuidos a las mismas, serán motivados y se formalizarán por escrito, estando supeditada su eficacia a la notificación al interesado. Asimismo se notificarán al empresario cuando el beneficiario mantenga relación laboral y produzcan efectos en la misma.

Las prestaciones sanitarias comprendidas en la protección de las contingencias profesionales serán dispensadas a través de los medios e instalaciones gestionados por las mutuas, mediante convenios con otras mutuas o con las administraciones públicas sanitarias, así como mediante conciertos con medios privados, en los términos establecidos en el artículo 199 y en las normas reguladoras del funcionamiento de las entidades.

b) La gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes se desarrollará en los términos y condiciones establecidos en la disposición adicional undécima.

c) Las actividades preventivas de la acción protectora de la Seguridad Social son prestaciones asistenciales a favor de los empresarios asociados y de sus trabajadores dependientes, así como de los trabajadores por cuenta propia adheridos, que no generan derechos subjetivos, dirigidas a asistir a los mismos en el control y, en su caso, reducción de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de la Seguridad Social. También comprenderán actividades de asesoramiento a las empresas asociadas y a los trabajadores autónomos al objeto de que adapten sus puestos de trabajo y estructuras para la recolocación de los trabajadores accidentados o con patologías de origen profesional, así como actividades de investigación, desarrollo e innovación a realizar directamente por las mutuas, dirigidas a la reducción de las contingencias profesionales de la Seguridad Social.

Corresponderá al órgano de dirección y tutela de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, dependiente del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, establecer la planificación periódica de las actividades preventivas de la Seguridad Social que desarrollarán aquéllas, sus criterios, contenido y orden de preferencias, así como tutelar su desarrollo y evaluar su eficacia y eficiencia. Las comunidades autónomas que ostenten competencia de ejecución compartida en materia de actividades de prevención de riesgos laborales, y sin perjuicio de lo establecido en sus respectivos estatutos de autonomía, podrán comunicar al órgano de tutela de las mutuas las actividades que consideren que deban desarrollarse en sus respectivos ámbitos territoriales para que se incorporen a la planificación de las actividades preventivas de la Seguridad Social.

Las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión o que tengan su fundamento en las mismas, incluidas las de carácter indemnizatorio, se sustanciarán ante el orden jurisdiccional social de conformidad con lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Las obligaciones económicas que se atribuyan a las mutuas serán pagadas con cargo a los recursos públicos adscritos para el desarrollo de la colaboración, sin perjuicio de que aquellas obligaciones que tengan por objeto pensiones se financien de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87.3 TRLGSS.

La colaboración de las mutuas en la gestión de la Seguridad Social no podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil ni comprenderá actividades de captación de empresas asociadas o de trabajadores adheridos. Tampoco podrá dar lugar a la concesión de beneficios de ninguna clase a favor de los empresarios asociados, ni a la sustitución de éstos en las obligaciones que les correspondan por su condición de empresarios.

Estas forman, además, parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad.

La constitución de una mutua colaboradora con la Seguridad Social exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que concurran un mínimo de cincuenta empresarios, quienes a su vez cuenten con un mínimo de treinta mil trabajadores y un volumen de cotización por contingencias profesionales no inferior a 20 millones de euros.

b) Que limiten su actividad al ejercicio de las funciones establecidas en el artículo 68 TRLGSS.

c) Que presten fianza, en la cuantía que establezcan las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

d) Que exista autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, previa aprobación de los estatutos de la mutua, e inscripción en el registro administrativo dependiente del mismo.

El Ministerio de Empleo y Seguridad Social, una vez comprobada la concurrencia de los requisitos establecidos en las letras a), b) y c) y que los estatutos se ajustan al ordenamiento jurídico, autorizará la constitución de la mutua colaboradora con la Seguridad Social y ordenará su inscripción en el Registro de mutuas colaboradoras con la Seguridad Social dependiente del mismo. La orden de autorización se publicará en el "Boletín Oficial del Estado", en la que asimismo se consignará su número de registro, adquiriendo desde entonces personalidad jurídica. La denominación de la mutua incluirá la expresión "Mutua Colaboradora con la Seguridad Social", seguida del número con el que haya sido inscrita. La denominación deberá ser utilizada en todos los centros y dependencias de la entidad, así como en sus relaciones con sus asociados, adheridos y trabajadores protegidos, y con terceros.

El sostenimiento y funcionamiento de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, así como de las actividades, prestaciones y servicios comprendidos en su objeto, se financiarán mediante las cuotas de la Seguridad Social adscritas a las mismas, los rendimientos, incrementos, contraprestaciones y compensaciones obtenidos tanto de la inversión financiera de estos recursos como de la enajenación y desadscripción por cualquier título de los bienes muebles e inmuebles de la Seguridad Social adscritos a aquéllas y, en general, mediante cualquier ingreso obtenido en virtud del ejercicio de la colaboración o por el empleo de los medios de la misma.

La Tesorería General de la Seguridad Social entregará a las mutuas las cuotas por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ingresadas en aquélla por los empresarios asociados a cada una o por los trabajadores por cuenta propia adheridos, así como la fracción de cuota correspondiente a la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la cuota por cese en la actividad de los trabajadores autónomos y el resto de cotizaciones que correspondan por las contingencias y prestaciones que gestionen, previa deducción de las aportaciones destinadas a las entidades públicas del sistema por el reaseguro obligatorio y por la gestión de los servicios comunes, así como de las cantidades que, en su caso, se establezcan legalmente.

Son recursos públicos del Sistema de la Seguridad Social adscritos a aquéllas los derechos de crédito que se generen a consecuencia de prestaciones o servicios que dispensen las

mutuas a favor de personas no protegidas por las mismas o, cuando estando protegidas, corresponda a un tercero su pago por cualquier título, así como los originados por prestaciones indebidamente satisfechas.

El importe de estos créditos será liquidado por las mutuas, las cuales reclamarán su pago del sujeto obligado en la forma y condiciones establecidas en la norma o concierto del que nazca la obligación y hasta obtener su pago o, en su defecto, el título jurídico que habilite la exigibilidad del crédito, el cual comunicarán a la Tesorería General de la Seguridad Social para su recaudación con arreglo al procedimiento establecido en esta ley y en sus normas de desarrollo.

Los ingresos por servicios previstos en el artículo 68.3.a) dispensados a trabajadores no incluidos en el ámbito de actuación de la mutua, generarán crédito en el presupuesto de gastos de la mutua que presta el servicio, en los conceptos correspondientes a los gastos de la misma naturaleza que los que se originaron por la prestación de dichos servicios.

El Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en todos los procedimientos dirigidos al cobro de la deuda, podrá autorizar el pago de los derechos de crédito en forma distinta a la de su ingreso en metálico y determinará el importe líquido del crédito que resulte extinguido, así como los términos y condiciones aplicables hasta la extinción del derecho. Cuando el sujeto obligado sea una Administración pública o una entidad de la misma naturaleza y las deudas tengan su causa en la dispensación de asistencia sanitaria, el Ministerio de Empleo y Seguridad Social podrá asimismo autorizar el pago mediante dación de bienes, sin perjuicio de la aplicación del resto de facultades que se atribuyen al mismo hasta la extinción del derecho.

Son gastos de administración de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social los derivados del sostenimiento y funcionamiento de los servicios administrativos de la colaboración y comprenderán los gastos de personal, los gastos corrientes en bienes y servicios, los gastos financieros y las amortizaciones de bienes inventariables. Estarán limitados anualmente al importe resultante de aplicar sobre los ingresos de cada ejercicio el porcentaje que corresponda de la escala que se establecerá reglamentariamente.

Por otra parte, dispone la ley que los órganos de gobierno de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social son la Junta General, la Junta Directiva y el Director Gerente.



El órgano de participación institucional es la Comisión de Control y Seguimiento.

La Comisión de Prestaciones Especiales es el órgano a quien corresponde la concesión de los beneficios de la asistencia social potestativa prevista en el artículo 75 bis.1.b).

La Junta General es el órgano de gobierno superior de la mutua y estará integrada por todos los empresarios asociados, por una representación de los trabajadores por cuenta propia adheridos en los términos que reglamentariamente se establezcan, y por un representante de los trabajadores dependientes de la mutua. Carecerán de derecho a voto aquellos empresarios asociados, así como los representantes de los trabajadores por cuenta propia adheridos, que no estén al corriente en el pago de las cotizaciones sociales. Se reunirá con carácter ordinario una vez al año para aprobar el anteproyecto de presupuestos y las cuentas anuales y con carácter extraordinario las veces que sea convocada por la Junta Directiva cumplidos los requisitos que reglamentariamente se establezcan para su convocatoria y celebración. Es competencia de la misma, en todo caso, la designación y renovación de los miembros de la Junta Directiva, ser informada sobre las dotaciones y aplicaciones del patrimonio histórico, la reforma de los estatutos, la fusión, absorción y disolución de la entidad, la designación de los liquidadores y la exigencia de responsabilidad a los miembros de la Junta Directiva.

La Junta Directiva es el órgano colegiado al que corresponde el gobierno directo de la mutua. Estará compuesta por entre diez y veinte empresarios asociados, de los cuales el treinta por ciento corresponderá a aquellas empresas que cuenten con mayor número de trabajadores, determinadas con arreglo a los tramos que se establecerán reglamentariamente, y un trabajador por cuenta propia adherido, todos ellos designados por la Junta General. También formará parte el representante de los trabajadores mencionado. El nombramiento como miembro de la Junta Directiva estará supeditado a la confirmación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a excepción del representante de los trabajadores, y entre sus miembros se designará al presidente de la misma. Es competencia de la Junta Directiva la convocatoria de la Junta General, la ejecución de los acuerdos adoptados por la misma, la formulación de los anteproyectos de presupuestos y de las cuentas anuales, que deberán ser firmados por el presidente de la entidad, así como la exigencia de responsabilidad al director gerente y demás funciones que se

establezcan no reservadas a la Junta General. Reglamentariamente se regulará el régimen de funcionamiento de la Junta Directiva y de exigencia de responsabilidad.

Corresponde al presidente de la Junta Directiva la representación de la Mutua Colaboradora con la Seguridad Social, la convocatoria de las reuniones a la misma y moderar sus deliberaciones. El director gerente mantendrá informado al presidente de la gestión de la mutua y seguirá las indicaciones que el mismo, en su caso, le imparta. El régimen de indemnizaciones que se establezca regulará las que correspondan al presidente de la mutua por las funciones específicas atribuidas y que en ningún caso podrán superar en su conjunto las retribuciones del director gerente.

No podrá recaer simultáneamente en la misma persona más de un cargo de la Junta Directiva, ya sea por sí misma o en representación de otras empresas asociadas, ni podrán formar parte de la junta las personas o empresas que mantengan relación laboral o de servicios con la mutua, a excepción del representante de los trabajadores.

El director gerente es el órgano que ejerce la dirección ejecutiva de la mutua y a quien corresponde desarrollar sus objetivos generales y la dirección ordinaria de la entidad, sin perjuicio de estar sujeto a los criterios e instrucciones que, en su caso, le impartan la Junta Directiva y el presidente de la misma. Este estará vinculado mediante contrato de alta dirección regulado por 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. Será nombrado por la Junta Directiva, estando supeditada la eficacia del nombramiento y la del contrato de trabajo a la confirmación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. No podrán ocupar este cargo las personas que pertenezcan al Consejo de Administración o desempeñen actividad remunerada en cualquier empresa asociada a la mutua, sean titulares de una participación igual o superior al 10 por ciento del capital social de aquellas o bien la titularidad corresponda al cónyuge o hijos de aquél. Tampoco podrán ser designadas las personas que hayan sido suspendidas de sus funciones en virtud de expediente sancionador hasta que se extinga la suspensión.

El resto del personal que ejerza funciones ejecutivas dependerá del director gerente, estará vinculado por contratos de alta dirección y también estará sujeto al régimen de incompatibilidades y limitaciones previstas para el director gerente.

A efectos retributivos, así como para la determinación del número máximo de personas que ejerzan funciones ejecutivas en las mutuas, la ministra de Empleo y Seguridad Social clasificará a las mutuas por grupos en función de su volumen de cuotas, número de trabajadores protegidos y eficiencia en la gestión.

Las retribuciones del director gerente y del personal que ejerza funciones ejecutivas en las mutuas se clasificarán en básicas y complementarias y estarán sujetas a los límites máximos fijados para cada grupo por 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. Asimismo, estarán también sujetos a los límites previstos en el citado Real decreto 451/2012, de 5 de marzo, el número máximo de personas que ejerzan funciones ejecutivas en cada mutua.

Las retribuciones básicas del director gerente y del personal que ejerza funciones ejecutivas incluyen su retribución mínima obligatoria y se fijarán por la Junta Directiva conforme al grupo de clasificación en que resulte catalogada la Mutua. Las retribuciones complementarias del director gerente y del personal que ejerza funciones ejecutivas comprenden un complemento del puesto y un complemento variable que se fijarán por la Junta Directiva de la mutua. El complemento del puesto se asignará teniendo en cuenta la situación retributiva del directivo en comparación con puestos similares del mercado de referencia, la estructura organizativa dependiente del puesto, el peso relativo del puesto dentro de la organización y el nivel de responsabilidad. El complemento variable, que tendrá carácter potestativo, retribuirá la consecución de unos objetivos previamente establecidos por la Junta Directiva de la mutua de conformidad con los criterios que pueda fijar el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estos objetivos tendrán carácter anual y deberán estar fundamentados en los resultados del ejercicio generados por la mutua en la gestión de las diferentes actividades de la Seguridad Social en las que colabora. En ningún caso, la retribución total puede exceder del doble de la retribución básica y ningún puesto podrá tener una retribución total superior a la que tenía con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley por la que se modifica el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

El personal no directivo estará sujeto a relación laboral ordinaria, regulada en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Ningún miembro del personal de la mutua podrá obtener unas retribuciones totales superiores a las del director gerente. En todo caso, las retribuciones del conjunto del personal estarán sujetas a las disposiciones sobre la masa salarial y a las limitaciones o restricciones que establezcan, en su caso, las leyes de presupuestos generales del Estado de cada año.

Con cargo a los recursos públicos, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social no podrán satisfacer indemnizaciones por extinción de la relación laboral con su personal, cualquiera que sea la forma de dicha relación y la causa de su extinción, que superen las establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de dicha relación. Asimismo, las mutuas no podrán establecer planes de pensiones para su personal, ni seguros colectivos que instrumenten compromisos por pensiones, ni planes de previsión social empresarial sin la aprobación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Los planes de pensiones, los contratos de seguros y los planes de previsión social empresarial, y las aportaciones y primas periódicas que se realicen estarán sujetos a los límites y criterios que las leyes de presupuestos generales del Estado establezcan en esta materia para el sector público.

La Comisión de Control y Seguimiento es el órgano de participación de los agentes sociales, al que corresponde conocer e informar de la gestión que realiza la entidad en las distintas modalidades de colaboración, proponer medidas para mejorar el desarrollo de las mismas en el marco de los principios y objetivos de la Seguridad Social, informar el anteproyecto de presupuestos y las cuentas anuales y conocer los criterios que mantiene y aplica la mutua en el desarrollo de su objeto social. Para desarrollar esa labor, la Comisión dispondrá periódicamente de los informes sobre litigiosidad, reclamaciones y recursos, así como de los requerimientos de los órganos de supervisión y dirección y tutela, junto con su cumplimiento. Anualmente elaborará una serie de recomendaciones que serán enviadas tanto a la Junta Directiva como al órgano de dirección y tutela. El Ministerio de Empleo y Seguridad Social regulará la composición y régimen de funcionamiento de las Comisiones de Control y Seguimiento, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Estará compuesta por un máximo de doce miembros designados por las

organizaciones sindicales y empresariales más representativas, así como por una representación de las asociaciones profesionales de los trabajadores autónomos. Será presidente de la Comisión el que en cada momento lo sea de la propia mutua. No podrá formar parte de la Comisión de Control y Seguimiento ningún miembro de la Junta Directiva, a excepción del presidente, o persona que trabaje para la entidad.

La Comisión de Prestaciones Especiales será competente para la concesión de los beneficios derivados de la reserva de asistencia social que tenga establecidos la mutua colaboradora con la Seguridad Social a favor de los trabajadores protegidos o adheridos y sus derechohabientes que hayan sufrido un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y se encuentren en especial estado o situación de necesidad. Los beneficios serán potestativos e independientes de los comprendidos en la acción protectora de la Seguridad Social. La Comisión estará integrada por el número de miembros que se establezca reglamentariamente, los cuales estarán distribuidos, por partes iguales, entre los representantes de los trabajadores de las empresas asociadas y los representantes de empresarios asociados, siendo estos últimos designados por la Junta Directiva; asimismo tendrán representación los trabajadores adheridos. El presidente será designado por la Comisión entre sus miembros.

No podrán formar parte de la Junta Directiva, de la Comisión de Control y Seguimiento ni de la Comisión de Prestaciones Especiales de una mutua colaboradora con la Seguridad Social las personas que formen parte de cualquiera de estos órganos en otra mutua, por sí mismas o en representación de empresas asociadas o de organizaciones sociales, así como aquellas que ejerzan funciones ejecutivas en otra entidad.

Los cargos anteriores o sus representantes en los mismos, así como las personas que ejerzan funciones ejecutivas en las mutuas no podrán comprar ni vender para sí mismos cualquier activo patrimonial de la entidad ni celebrar contratos de ejecución de obras, de realización de servicios o de entrega de suministros, excepto las empresas de servicios financieros o de suministros esenciales, que requerirán para contratar autorización previa del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, ni celebrar contratos en los que concurran conflictos de intereses. Tampoco podrán realizar esos actos quienes estén vinculados a aquellos cargos o personas mediante relación de parentesco, en línea directa o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el cuarto grado, ni las personas jurídicas en las que

cualquiera de las mencionadas personas, cargos o parientes sean titulares, directa o indirectamente, de un porcentaje igual o superior al 10 por ciento del capital social, ejerzan en las mismas funciones que impliquen poder de decisión o formen parte de sus órganos de administración o gobierno.

La condición de miembro de la Junta Directiva, de la Comisión de Control y Seguimiento y de las comisiones de prestaciones especiales será gratuita, sin perjuicio de que la mutua en la que se integren les indemnice y compense por los gastos de asistencia a las reuniones de los respectivos órganos, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Los miembros de la Junta Directiva, el director gerente y las personas que ejerzan funciones ejecutivas serán responsables directos frente a la Seguridad Social, la mutua y los empresarios asociados de los daños que causen por sus actos u omisiones contrarios a las normas jurídicas de aplicación, a los estatutos o a las instrucciones dictadas por el órgano de tutela, así como por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa grave. Se entenderán como acto propio las acciones y omisiones comprendidas en los respectivos ámbitos funcionales o de competencias.

La responsabilidad de los miembros de la Junta Directiva será solidaria. No obstante, estarán exentos aquellos miembros que prueben que, no habiendo intervenido en la adopción o ejecución del acto, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a él.

Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, mediante la responsabilidad mancomunada regulada en el artículo 75 ter. 4, responderán directamente de los actos lesivos en cuya ejecución concurra culpa leve o en los que no exista responsable directo. Asimismo, responderán subsidiariamente en los supuestos de insuficiencia patrimonial de los responsables directos.

Los derechos de crédito que nazcan de las responsabilidades establecidas en este artículo, así como de la responsabilidad mancomunada que asumen los empresarios asociados, prevista en el artículo 75 ter. 4, son recursos públicos de la Seguridad Social adscritos a las mutuas en las que concurrieron los hechos origen de la responsabilidad.

Corresponde al órgano de dirección y tutela la declaración de las responsabilidades establecidas en el párrafo anterior, de las obligaciones objeto de las mismas, así como determinar su importe líquido, reclamar su pago con arreglo a las normas que regulan la colaboración de las entidades y determinar los medios de pago, que podrán incluir la dación de bienes, las modalidades, formas, términos y condiciones aplicables hasta su extinción. Cuando el Tribunal de Cuentas inicie procedimiento de reintegro por alcance por los mismos hechos, el órgano de dirección y tutela acordará la suspensión del procedimiento administrativo hasta que aquel adopte resolución firme, cuyas disposiciones de naturaleza material producirán plenos efectos en el procedimiento administrativo.

El órgano de dirección y tutela podrá solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social la recaudación ejecutiva de los derechos de crédito derivados de estas responsabilidades, a cuyo efecto trasladará a la misma el acto de liquidación de aquellos y la determinación de los sujetos obligados. Las cantidades que se obtengan se ingresarán en las cuentas que dieron lugar a la exigencia de la responsabilidad en los términos que establezca el órgano de dirección y tutela.

El Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en aplicación de sus facultades de dirección y tutela, podrá reclamar el pago o ejercitar las acciones legales que sean necesarias para la declaración o exigencia de las responsabilidades generadas con motivo del desarrollo de la colaboración, así como comparecer y ser parte en los procesos legales que afecten a las responsabilidades establecidas.

***Por su parte, los*** empresarios y los trabajadores por cuenta propia, en el momento de cumplir ante la Tesorería General de la Seguridad Social sus respectivas obligaciones de inscripción de empresa, afiliación y alta, harán constar la entidad gestora o la mutua colaboradora con la Seguridad Social por la que hayan optado para proteger los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y la protección por cese de actividad, de acuerdo con las normas reguladoras del Régimen de la Seguridad Social en el que se encuadren, y comunicarán a aquella sus posteriores modificaciones. Corresponderá a la Tesorería General de la Seguridad Social el reconocimiento de tales declaraciones y de sus efectos legales, en los términos establecidos reglamentariamente y sin perjuicio de las



particularidades que se disponen en los apartados siguientes en caso de optarse a favor de una mutua colaboradora con la Seguridad Social.

La opción a favor de una mutua colaboradora con la Seguridad Social se realizará en la forma y tendrá el alcance que se establecen seguidamente:

a) Los empresarios que opten por una Mutua para la protección de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales de la Seguridad Social deberán formalizar con la misma el convenio de asociación y proteger en la misma entidad a todos los trabajadores correspondientes a los centros de trabajo situados en la misma provincia, entendiéndose por éstos la definición contenida en el Estatuto de los trabajadores. Igualmente, los empresarios asociados podrán optar porque la misma mutua gestione la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes respecto de los trabajadores protegidos frente a las contingencias profesionales. El convenio de asociación es el instrumento por el que se formaliza la asociación a la mutua y tendrá un periodo de vigencia de un año, que podrá prorrogarse por periodos de igual duración. Reglamentariamente se regulará el procedimiento para formalizar el convenio, su contenido y efectos.

b) Los trabajadores comprendidos en el ámbito de aplicación del Régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, cuya acción protectora incluya voluntaria u obligatoriamente la prestación económica por incapacidad temporal, podrán optar por adherirse a una mutua colaboradora con la Seguridad Social para la gestión de la misma. No obstante, los trabajadores que se hayan incorporado al Régimen especial a partir del día 1 de enero de 1998, deberán formalizar la misma con una mutua colaboradora con la Seguridad Social, así como aquellos adheridos a una mutua desde la indicada fecha que cambien de entidad. Los trabajadores autónomos adheridos a una mutua de conformidad con lo establecido en el párrafo anterior y que asimismo cubran las contingencias profesionales, voluntaria u obligatoriamente, deberán formalizar su protección con la misma mutua. Igualmente deberán adherirse aquellos que cubran exclusivamente las contingencias profesionales. Los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar podrán optar por proteger las contingencias profesionales con la entidad gestora o con una mutua colaboradora con la Seguridad Social. En todo caso, la protección de las contingencias comunes deberán formalizarla con



la entidad gestora de la Seguridad Social. La protección se formalizará mediante documento de adhesión, por el cual el trabajador por cuenta propia se incorpora al ámbito gestor de la mutua de forma externa a la base asociativa de la misma y sin adquirir los derechos y obligaciones derivados de la asociación. El periodo de vigencia de la adhesión será de un año, pudiendo prorrogarse por periodos de igual duración. El procedimiento para formalizar el documento de adhesión, su contenido y efectos, se regulará reglamentariamente.

c) Los trabajadores comprendidos en el Régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos deberán formalizar la gestión por cese de actividad, regulada en la Ley 32/2010, de 5 de agosto, con la mutua a la que se encuentren adheridos mediante la suscripción del anexo correspondiente al documento de adhesión, en los términos que establezcan las normas reglamentarias que regulan la colaboración. Por su parte, los trabajadores autónomos comprendidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar formalizarán la protección con la entidad gestora o con la mutua con quien protejan las contingencias profesionales.

Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social deberán aceptar toda proposición de asociación y de adhesión que se les formule, sin que la falta de pago de las cotizaciones sociales les excuse del cumplimiento de la obligación ni constituya causa de resolución del convenio o documento suscrito, o sus anexos. La información y datos sobre los empresarios asociados, los trabajadores por cuenta propia adheridos y los trabajadores protegidos que obren en poder de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social y, en general, los generados en el desarrollo de su actividad colaboradora en la gestión de la Seguridad Social, tienen carácter reservado y están sometidos al régimen establecido en el artículo 66, sin que, en consecuencia, puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos establecidos en dicho artículo.

A lo anterior debe añadirse que corresponde al Ministerio de Empleo y Seguridad Social las facultades de dirección y tutela sobre las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, las cuales se ejercerán a través del órgano administrativo al que se atribuyan las funciones.

Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social serán objeto anualmente de una auditoría de cuentas, que será realizada por la Intervención General de la Seguridad Social. Asimismo anualmente realizará una auditoría de cumplimiento.

Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social elaborarán anualmente sus anteproyectos de presupuestos de ingresos y gastos de la gestión de la Seguridad Social y los remitirán al Ministerio de Empleo y Seguridad Social para su integración en el Proyecto de Presupuestos de la Seguridad Social. Igualmente, estarán sujetas al régimen contable establecido en el título V de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, general presupuestaria.

Además, estas deben ajustar su actividad contractual a las normas de aplicación a los poderes adjudicadores que no revisten el carácter de Administración pública, contenidas en el texto refundido de la Ley de Contratos del sector público.

### **Colaboración de las empresas**

Las empresas, individualmente consideradas y en relación con su propio personal, podrán colaborar en la gestión de la Seguridad Social exclusivamente en alguna o algunas de las formas siguientes:

a) Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional, incluido el subsidio consiguiente que corresponda durante la indicada situación.

*b) Suprimido.*

c) Pagando a sus trabajadores, a cargo de la entidad gestora obligada, las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria, así como las demás que puedan determinarse reglamentariamente.

d) Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral, en las condiciones que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Las empresas que se acojan a esta forma de colaboración tendrán derecho a reducir la cuota a la Seguridad Social, mediante la aplicación del coeficiente que, a tal efecto, fije el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social podrá establecer, con carácter obligatorio, para todas las empresas o para algunas de determinadas características, la colaboración en el pago de prestaciones.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social determinará las condiciones por las que ha de regirse la colaboración prevista en los números anteriores del presente artículo.

La modalidad de colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad Social a que se refiere el apartado 1 de este artículo podrá ser autorizada a agrupaciones de empresas, constituidas a este único efecto, siempre que reúnan las condiciones que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

**CRISTINA CASTROVIEJO OJEA**

LCDA. EN DERECHO. CUERPO SUPERIOR DE LA  
ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

**ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA**

LETRADA DE LA XUNTA

## **TEMA 7**

# **LA ACCIÓN PROTECTORA. LAS CONTINGENCIAS PROTEGIDAS: CUADRO GENERAL. PRESTACIONES**

## **TEMA 7. LA ACCIÓN PROTECTORA. LAS CONTINGENCIAS PROTEGIDAS: CUADRO GENERAL. PRESTACIONES**

### **La acción protectora**

Con el término acción protectora se está haciendo referencia al modo o forma en que se organizan los específicos mecanismos de cobertura y se definen o acotan las necesidades sociales que van a ser objeto de protección. Esto es, se trata de determinar la amplitud objetiva de la cobertura así como la intensidad de la protección (nivel que alcanzan dichas prestaciones). \*De las contingencias protegidas se tratará en el próximo epígrafe.

Esta materia, el tratamiento general de la misma, se encuentra recogida en los artículos 38 y siguientes del TRLGSS.

El modelo español de seguridad social integra las siguientes técnicas de cobertura:

**1. Nivel asistencial o no contributivo:** que dispensa un tipo de prestaciones económicas al que tendría derecho todo ciudadano que carezca de un cierto nivel de renta personal, sin condicionar su obtención a requisito alguno de cotización previa, pero sí a la prueba de la situación de necesidad del peticionario.

**2. Nivel contributivo:** alude a prestaciones económicas que actúan como sustitutivas de la renta del trabajo anteriormente percibida por el beneficiario de las mismas y que además se encuentran condicionadas a determinados requisitos de cotización previa y vinculadas, en su cuantía y duración, a la cuantía y duración de las cotizaciones previas.

**3. Nivel complementario, libre o externo:** es ajeno al sistema de seguridad social y su gestión corresponde a la empresa privada, comprende los mecanismos de seguro privado que se puedan constituir. El A. 39 se refiere al nivel complementario o libre cuando afirma: *"La modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 de la presente Ley, podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales. Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el*

*número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”.*

El A. 38 contiene el cuadro general de la acción protectora del sistema de SS, en sus niveles contributivo y asistencial. Partiendo de la enumeración de las prestaciones otorgadas, así el apartado 1º dispone:

*“La acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá:*

*a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.*

*b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior.*

*c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración.*

*Las prestaciones por desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título III de esta Ley.*

*d) Prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva.*

*Las prestaciones familiares, en su modalidad no contributiva, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el título II de esta Ley.*

*e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente”.*

Y el apartado 2º añade: *"Igualmente, y como complemento de las prestaciones comprendidas en el apartado anterior, podrán otorgarse los beneficios de la asistencia social".*

La acción protectora expuesta establece y limita el ámbito de extensión posible del Régimen General y de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, así como de la modalidad no contributiva de las prestaciones, sin perjuicio de las ayudas de otra naturaleza que, en el ejercicio de sus competencias, puedan establecer las Comunidades Autónomas en beneficio de los pensionistas residentes en ellas.

Las prestaciones de la Seguridad Social, así como los beneficios de sus servicios sociales y de la asistencia social, no podrán ser objeto de retención, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2 del artículo 40 (las percepciones derivadas de la acción protectora de la Seguridad Social estarán sujetas a tributación en los términos establecidos en las normas reguladoras de cada impuesto), cesión total o parcial, compensación o descuento, salvo que así se acuerde en orden al cumplimiento de las obligaciones alimenticias a favor del cónyuge e hijos o cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social.

Y no podrá ser exigida ninguna tasa fiscal, ni derecho de ninguna clase, en cuantas informaciones o certificaciones hayan de facilitar los correspondientes organismos de la Administración de la Seguridad Social, y los organismos administrativos, judiciales o de cualquier otra clase, en relación con las prestaciones y beneficios referidos.

Las Entidades gestoras de la Seguridad Social serán responsables de las prestaciones cuya gestión les esté atribuida, siempre que se hayan cumplido los requisitos generales y particulares exigidos para causar derecho a las mismas.

Para la imputación de responsabilidades en orden a las prestaciones, en su modalidad contributiva, a entidades o personas distintas de las precitadas, se estará a lo dispuesto en el TRLGSS, en sus disposiciones de desarrollo y aplicación o en las normas reguladoras de los Regímenes Especiales.

Las pensiones contributivas derivadas de contingencias comunes de cualquiera de los

Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social serán satisfechas en 14 pagas, correspondientes a cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias que se devengarán en los meses de junio y noviembre. Asimismo, el pago de las pensiones de invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, se fraccionará en 14 pagas, correspondientes a cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias que se devengarán en los meses de junio y noviembre.

El legislador regula una serie de **características** de las prestaciones:

- Intangibilidad e integridad de las prestaciones: las prestaciones se configuran como medios de subsistencia en situaciones de necesidad, en muchas ocasiones actúan como sustitutivas de las rentas del trabajo, de ahí que se garantice su percepción íntegra y traten de excluirse actos de disminución o exclusión, de aquí que se prohíba la renuncia o cesión total o parcial de las prestaciones y, en general de cualquier derecho de la seguridad social, y que se establezca la inembargabilidad y no compensación del derecho a percibir prestaciones (por eso se prohíbe la retención, cesión total o parcial, compensación o descuento de las prestaciones excepto que sea para satisfacer alimentos o cumplir con obligaciones adquiridas por el beneficiario dentro del sistema de seguridad social), además están exentas de tributos (excepto las prestaciones económicas que tributan por IRPF) y los beneficiarios tiene un crédito privilegiado frente a otros acreedores en caso de insolvencia obligada al pago de dichas prestaciones.
- Prescripción: el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los 5 años, contados desde el día siguiente a aquél en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente Ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

La prescripción se interrumpirá por las causas ordinarias del artículo 1973 del Código Civil y, además, por la reclamación ante la Administración de la Seguridad Social o el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como en virtud de expediente que tramite la Inspección



de Trabajo y Seguridad Social en relación con el caso de que se trate.

- **Caducidad**: el derecho al percibo de las prestaciones a tanto alzado y por una sola vez caducará al año, a contar desde el día siguiente al de haber sido notificada en forma al interesado su concesión y si se tratase de prestaciones periódicas, el derecho al percibo de cada mensualidad caducará al año de su respectivo vencimiento.
- **Reintegro de prestaciones indebidas**: los trabajadores y las demás personas que hayan percibido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social vendrán obligados a reintegrar su importe. La obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los 4 años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora.

El TRLGSS regula a continuación una serie de disposiciones comunes en materia de revalorización e importes máximos y mínimos de pensiones, a tal efecto baste indicar brevemente que las pensiones abonadas por el Régimen General y los Regímenes Especiales, así como las de modalidad no contributiva de la Seguridad Social, tendrán, a efectos de lo previsto en la presente Sección, la consideración de pensiones públicas, a tenor de lo establecido en el **artículo 37** de la **Ley 4/1990, de 29 de junio**, de Presupuestos Generales del Estado para 1990

El importe inicial de las pensiones contributivas de la Seguridad Social por cada beneficiario no podrá superar la cuantía íntegra mensual que establezca anualmente la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva, incluido el importe de la pensión mínima, serán revalorizadas al comienzo de cada año, en función del correspondiente índice de precios al consumo previsto para dicho año, esta previsión se encuentra suspendida de vigencia y aplicación excepto para las pensiones mínimas del Sistema de la Seguridad Social, las pensiones del extinguido SOVI no concurrentes y las

pensiones no contributivas por art. 4.1 de Real Decreto-ley 8/2010, de 20 mayo.

Por su parte el importe de la revalorización anual de las pensiones de la Seguridad Social no podrá determinar para éstas, una vez revalorizadas, un valor íntegro anual superior a la cuantía establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, sumado, en su caso, al importe anual íntegro ya revalorizado de las otras pensiones públicas percibidas por su titular.

### **1. Las contingencias protegidas: cuadro general**

Las contingencias protegidas son una serie de eventos o circunstancias cuya actualización genera la aparición de un estado de necesidad en el sujeto protegido.

En síntesis se puede afirmar que el ámbito máximo de protección del sistema español de seguridad social comprende la protección de las siguientes contingencias:

- Alteración de la salud
- Incapacidad laboral (temporal o permanente)
- Muerte
- Vejez
- Desempleo
- Hijos menores o minusválidos con carga económica que pese sobre los progenitores.

Partiendo de este cuadro puede plantearse la siguiente clasificación

### **CONTINGENCIAS**



#### **Profesionales**

**Accidente laboral**

**Enfermedad profesional**



#### **comunes**

**Accidente no laboral**

**Enfermedad común**

**Maternidad**

**Riesgo durante el embarazo**

**Cese laboral por jubilación**

**Cese laboral por incapacidad**

**Cese laboral involuntario**

**Cargas familiares**



#### **por actos de terrorismo**

Debe abordarse también el estudio de los requisitos generales para obtener las prestaciones, ello permite distinguir ab initio entre condiciones generales y condiciones especiales:

Quienes se encuentren en el ámbito de aplicación del régimen general de la seguridad social causarán derecho a la prestación cuando además de reunir los requisitos específicos de cada prestación cumplan unos requisitos genéricos:

- estar afiliadas y
- estar de alta o en situación asimilada en el momento en que se produce la

contingencia protegida. En este caso hay **excepciones** ya que hay situaciones asimiladas a la de alta real que se caracterizan por presentar un enorme casuismo, así pueden citarse casos de suspensión del contrato de trabajo (en una excedencia para atender al cuidado de hijos menores de 3 años o una excedencia por desempeño de un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo), casos de extinción del contrato de trabajo (por desempleo subsidiado, por subscripción de un convenio especial con la entidad gestora, etc), casos de actividad laboral no susceptibles de alta (como ocurre con el traslado al extranjero de un trabajador en determinadas circunstancias) y casos de cese en cargo público representativo o de funciones sindicales que generó pasar a una situación de excedencia forzosa o equivalente en el mes siguiente a la reincorporación al puesto de trabajo. También está el alta de pleno derecho o presunta (cuando es la empresa la que incumple su obligación y no ha formalizado la obligación y/o el alta) y, finalmente, está la protección sin alta actual (ya que causa pensión de jubilación o invalidez para el caso de aquellos ex trabajadores que no se encontraban al causar el derecho en alta o situación asimilada pero que sí cumpliesen los restantes requisitos exigidos por la ley).

Teniendo en cuenta que si bien no se exigen períodos de cotización para gozar del derecho a una prestación derivada de accidente (laboral o no laboral) o de enfermedad profesional, sí se exigen períodos previos de cotización en otros casos, en estos supuestos se computan las cuotas correspondientes a maternidad, riesgo durante el embarazo o incapacidad temporal (en adelante IT).

La ley regula supuestos en que se produce una atenuación del requisito de cotización, así que si en general se exige estar al corriente de la cotización correspondiente (cuando es el trabajador el responsable de su cotización) y tener cubiertos una serie de períodos de cotización (uno mínimo de carácter general de 15 años para optar a la jubilación y otro período de carencia específica –relativo a la proximidad al hecho causante– por ejemplo de 15 años inmediatamente anteriores a la jubilación), en concreto destacan dos supuestos de atenuación: porque no se exige cotización para causar derecho a prestación derivada de accidente o de enfermedad profesional (como se anticipó) y por aplicación del

principio del cómputo recíproco de cotizaciones que permite acumular cotizaciones causadas en un régimen de la seguridad social a las causadas en otro siempre que tales cotizaciones no se superpongan en los mismos días.

## **2. Prestaciones**

### **INCAPACIDA TEMPORAL (IT)**

- Concepto: Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal:

a) Las debidas a enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación.

Agotado el plazo de duración de trescientos sesenta y cinco días el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de ciento ochenta días más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, por curación o por incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos convocados por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de ciento ochenta días posteriores a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes.

b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad.

- **Prestación económica:** la prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria consistirá en un subsidio equivalente

a un tanto por ciento sobre la base reguladora, que se fijará y se hará efectivo en los términos establecidos en esta Ley y en los Reglamentos generales para su desarrollo.

- **Beneficiarios:** serán beneficiarios del subsidio por incapacidad temporal las personas integradas en este Régimen General que se encuentren en cualquiera de las situaciones determinadas en el **artículo 128 (ya citadas)**, siempre que reúnan, además de la general exigida en el **número 1 del artículo 124 (afiliadas y de alta)**, las siguientes condiciones:

a) En caso de enfermedad común, que hayan cumplido un período de cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

b) En caso de accidente, sea o no de trabajo, y de enfermedad profesional no se exigirá ningún período previo de cotización.

- **Nacimiento y duración del derecho al subsidio:** el subsidio se abonará, en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de la baja.

En caso de enfermedad común o de accidente no laboral, el subsidio se abonará, respectivamente, a partir del decimosexto día de baja en el trabajo ocasionada por la enfermedad o el accidente, estando a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive.

El subsidio se abonará mientras el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal, conforme a lo establecido en el artículo 128 de la presente Ley. Durante las situaciones de huelga y cierre patronal el trabajador no tendrá derecho a la prestación económica por incapacidad temporal.

- **Extinción del derecho al subsidio:**

1. El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo de quinientos cuarenta y cinco días naturales desde la baja médica; por alta médica

por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; por ser dado de alta el trabajador con o sin declaración de incapacidad permanente; por el reconocimiento de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.

A efectos de determinar la duración del subsidio, se computarán los períodos de recaída en un mismo proceso. Se considerará que existe recaída en un mismo proceso cuando se produzca una nueva baja médica por la misma o similar patología dentro de los ciento ochenta días naturales siguientes a la fecha de efectos del alta médica anterior.

Cuando, iniciado un expediente de incapacidad permanente antes de que hubieran transcurrido quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración del subsidio de incapacidad temporal, se denegara el derecho a la prestación de incapacidad permanente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir, dentro de los ciento ochenta días naturales posteriores a la resolución denegatoria, una nueva baja médica por la misma o similar patología, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador. En estos casos se reanudará el proceso de incapacidad temporal hasta el cumplimiento de los quinientos cuarenta y cinco días

2. Cuando el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del período de quinientos cuarenta y cinco días naturales fijado en el apartado anterior, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

No obstante, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera

aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, sin que en ningún caso se puedan rebasar los setecientos treinta días naturales sumados los de incapacidad temporal y los de prolongación de sus efectos.

Durante los períodos previstos en este apartado, de tres meses y de demora de la calificación, no subsistirá la obligación de cotizar.

3. Extinguido el derecho a la prestación de incapacidad temporal por el transcurso del plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración, con o sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse derecho a la prestación económica de incapacidad temporal por la misma o similar patología, si media un período superior a ciento ochenta días naturales, a contar desde la resolución de la incapacidad permanente.

Este nuevo derecho se causará siempre que el trabajador reúna, en la fecha de la nueva baja médica, los requisitos exigidos para ser beneficiario del subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común o profesional, o de accidente, sea o no de trabajo. A estos efectos, para acreditar el período de cotización necesario para acceder al subsidio de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas a partir de la resolución de la incapacidad permanente.

No obstante, cuando se trate de la misma o similar patología y no hubiesen transcurrido ciento ochenta días naturales desde la denegación de la incapacidad permanente, podrá iniciarse un nuevo proceso de incapacidad temporal, por una sola vez, cuando el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, considere que el trabajador puede recuperar su capacidad laboral. Para ello, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordará la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

4. El alta médica con propuesta de incapacidad permanente, expedida antes de que el proceso hubiera alcanzado los trescientos sesenta y cinco días de duración,



extinguirá la situación de incapacidad temporal.

Si, al agotamiento del plazo de trescientos sesenta y cinco días, el Instituto Nacional de la Seguridad Social acordase la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, la situación de incapacidad temporal se extinguirá en la fecha de cumplimiento del indicado plazo. Cuando, en el ejercicio de las competencias previstas en el artículo 128.1.a), el Instituto Nacional de la Seguridad Social hubiese acordado la prórroga expresa de la situación de incapacidad temporal, y durante la misma iniciase un expediente de incapacidad permanente, la situación de incapacidad temporal se extinguirá en la fecha de la resolución por la que se acuerde dicha iniciación.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los números anteriores, cuando la extinción se produjera por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, por acuerdo del Instituto Nacional de la Seguridad Social de iniciación de expediente de incapacidad permanente, o por el transcurso de los quinientos cuarenta y cinco días naturales, el trabajador estará en la situación de prolongación de efectos económicos de la incapacidad temporal hasta que se califique la incapacidad permanente.

En los supuestos a los que se refiere el párrafo anterior, los efectos de la prestación económica de incapacidad permanente coincidirán con la fecha de la resolución de la Entidad Gestora por la que se reconozca, salvo que la misma sea superior a la que venía percibiendo el trabajador en concepto de prolongación de los efectos de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerán aquellos efectos al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal.

En el supuesto de extinción de la incapacidad temporal, anterior al agotamiento de los quinientos cuarenta y cinco días naturales de duración de la misma, sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, subsistirá la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del citado plazo de quinientos cuarenta y cinco días naturales, de producirse con posterioridad dicha declaración de inexistencia de incapacidad permanente.

- Pérdida o suspensión del derecho al subsidio: el derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido:

a) Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación.

b) Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena.

También podrá ser suspendido el derecho al subsidio cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.

- Períodos de observación y obligaciones especiales en caso de enfermedad profesional:

Se considerará como período de observación el tiempo necesario para el estudio médico de la enfermedad profesional cuando haya necesidad de aplazar el diagnóstico definitivo y ello sin perjuicio de las obligaciones establecidas, o que puedan establecerse en lo sucesivo, a cargo de este Régimen General o de los empresarios, cuando por causa de enfermedad profesional se acuerde respecto de un trabajador el traslado de puesto de trabajo, su baja en la empresa u otras medidas análogas.

## **MATERNIDAD**

### **Situaciones protegidas (supuesto general):**

A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el **artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función pública.**

### Beneficiarios.

Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos anteriormente, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización:

- a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización.
- b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.
- c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad señalada en el apartado anterior será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

### Prestación económica.

La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por

100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

Con todo, el subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y si la base de cotización del mes inmediatamente anterior al inicio del descanso fuese diferente a la utilizada en la resolución provisional, se recalculará la prestación y se emitirá resolución definitiva pero si la base no hubiese variado, la resolución provisional devendrá en definitiva en un plazo de tres meses desde su emisión.

### **Pérdida o suspensión del derecho al subsidio por maternidad.**

El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso.

### **Supuesto especial**

#### **Beneficiarias.**

Serán beneficiarias del subsidio por maternidad previsto en esta Sección las trabajadoras por cuenta ajena que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad regulada en la Sección anterior, salvo el período mínimo de cotización.

#### **Prestación económica.**

La cuantía de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora calculada conforme al artículo 133 quáter o a la DA7ª fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se estará a ésta.

La duración de la prestación, que tendrá la consideración de no contributiva a los efectos

del artículo 86, será de 42 días naturales a contar desde el parto, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse el derecho por las causa establecidas en la ley.

Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, o en una familia monoparental, o en los supuestos de parto múltiple, o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

\*A los efectos de la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

\*Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

\*Asimismo, se entenderá que existe parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos.

### PATERNIDAD

#### **Situación protegida**

A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el período de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo **48.bis del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo**, o durante el período de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en la **letra a) del artículo 30.1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública**.

### **Beneficiarios**

Serán beneficiarios del subsidio por paternidad los trabajadores por cuenta ajena que disfruten de la suspensión referida, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1, acrediten un período mínimo de cotización de 180 días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, 360 días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

### **Prestación económica**

La prestación económica por paternidad consistirá en un subsidio que se determinará en la forma establecida para la prestación por maternidad, y podrá ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para esta última.

### **RIESGO DURANTE EL EMBARAZO**

#### **Situación protegida.**

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el **artículo 26 , apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales**, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales.

#### **Prestación económica.**

La prestación económica por riesgo durante el embarazo se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, con las

siguientes particularidades:

- La prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo y finalizará el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.
- La prestación económica consistirá en subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales.

La gestión y el pago de la prestación económica por riesgo durante el embarazo corresponderá a la Entidad Gestora o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

### **RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL**

Situación protegida.

A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

### **Prestación económica**

La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su

puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

## **CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE**

### Situación protegida y prestación económica:

Se reconocerá una prestación económica a los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, en aquellos casos en que ambos trabajen, para el cuidado del menor/es que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad, acreditado por el informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Reglamentariamente se determinarán las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de esta prestación económica.

Para el acceso al derecho a esta prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva siendo requisito indispensable que el beneficiario reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50 por 100 de su duración, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente, del menor.

La prestación económica consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora equivalente a la establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo.

Esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla los 18 años.

Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes o acogedores de carácter



preadoptivo o permanente, las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla sólo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos.

La gestión y el pago de la prestación económica corresponderá a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o, en su caso, a la Entidad Gestora con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Estas previsiones no serán aplicables a los funcionarios públicos, que se regirán por lo establecido en el artículo 49.e) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y la normativa que lo desarrolla.

### INVALIDEZ

En la modalidad contributiva, es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo.

Las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impedirán la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas con discapacidad y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

El artículo 137 del TRLGSS establece que la incapacidad permanente, cualquiera que sea su causa determinante, se clasificará, en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo del interesado, valorado de acuerdo con la lista de enfermedades, que se apruebe reglamentariamente, en los siguientes grados:

- a) Incapacidad permanente parcial.

- b) Incapacidad permanente total.
- c) Incapacidad permanente absoluta.
- d) Gran invalidez.

La calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca y a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente.

La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

### Beneficiarios

Tendrán derecho a las prestaciones por invalidez permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición general (de afiliación y alta) hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en su normativa, salvo que aquélla sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización.

No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1.a) del artículo 161 de esta Ley y reúna los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

En el caso de pensiones por incapacidad permanente, el período mínimo de cotización exigible será:

a) Si el sujeto causante tiene menos de treinta y un años de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión.

b) Si el causante tiene cumplidos treinta y un años de edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

En los supuestos en que se acceda a la pensión de incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los diez años, dentro de los cuales deba estar comprendido, al menos, la quinta parte del período de cotización exigible, se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

En el caso de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, el período mínimo de cotización exigible será de mil ochocientos días, que han de estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente.

No obstante las pensiones de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo o gran invalidez derivadas de contingencias comunes podrán causarse aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta. En tales supuestos, el período mínimo de cotización exigible será, en todo caso, de quince años.

### **Prestaciones.**

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual consistirá en una cantidad a tanto alzado.

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente total consistirá en una pensión vitalicia, que podrá excepcionalmente ser sustituida por una indemnización a tanto alzado cuando el beneficiario fuese menor de sesenta años.

Los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior.

La cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común no podrá resultar inferior al 55 por 100 de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento.

La prestación económica correspondiente a la incapacidad permanente absoluta consistirá en una pensión vitalicia.

Si el trabajador fuese calificado de gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por 100 de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por 100 de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. Pero en ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por 100 de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

En los casos en que el trabajador, con sesenta y cinco o más años, acceda a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación; si bien varía el cómputo cuando la incapacidad permanente derive de enfermedad común (ya que se considerará como base reguladora el resultado de aplicar únicamente lo establecido en la norma a) del apartado 1 del artículo 140).

En caso de incapacidad permanente total para la profesión habitual, la pensión vitalicia

correspondiente será compatible con el salario que pueda percibir el trabajador en la misma empresa o en otra distinta, con el alcance y en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

Las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión.

Requisitos generales:

- El requisito de la afiliación y el alta: Se exige para los grados de I. P. Parcial y de I. P. Total, pero no es necesario para la Incapacidad Permanente Absoluta y para la Gran Invalidez. No obstante, quien pretenda acceder a estas prestaciones sin encontrarse en alta, deberá reunir un periodo de cotización superior al ordinario: 15 años en todos los supuestos. El momento en que se exige estar en alta es, generalmente, el hecho causante.
- El periodo de carencia: Para ser beneficiario de las prestaciones por invalidez permanente, son necesarios dos periodos carenciales: el genérico (a reunir en toda la vida del trabajador) y el específico (a acreditar en los últimos años).

En cuanto a la primera, el periodo mínimo de cotización exigido no puede tratarse de forma unitaria, sino que es preciso distinguir unos grados de otros, con la debida separación entre los riesgos determinantes de la incapacidad, así como diferenciar la carencia genérica de la específica, relacionadas a su vez con la edad del inválido.

A) Incapacidades derivadas de Accidente de Trabajo, Enfermedad Profesional y Accidente no laboral. En todos estos riesgos no se exige periodo alguno de cotización. Sin embargo, cuando el ANL se produzca sin estar el trabajador en alta, se exige un mínimo de cotización de 15 años (artículo 138 apartados 1 y 3 LGSS).

B) Incapacidades derivadas de enfermedad común. Si la invalidez deriva de enfermedad común, es preciso distinguir la carencia genérica de la específica, la edad del trabajador, los diversos grados y si el hecho causante se ha producido en situación de no alta.

1) Incapacidad Permanente Parcial: (según el artículo 138.2.b) párrafo segundo de la TRLGSS), el periodo mínimo de cotización exigible será de 1.800 días, que han de estar comprendidos en los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez permanente.

2) Invalidez Total, Absoluta y Gran Invalidez: El período mínimo de cotización exigible será, dependiendo de la edad del beneficiario:

a) Periodo genérico de cotización: Si tiene menos de treinta y un años de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los 16 años y la del hecho causante de la pensión.

Periodo específico de cotización: no se exige

b) Periodo genérico de cotización: Si el causante tiene cumplidos treinta y un años de edad, un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años;

Periodo específico de cotización: un quinto del periodo de cotización debe estar comprendido:

En los 10 años inmediatamente anteriores al hecho causante o

En los 10 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, si se accede a la pensión desde una situación de alta o asimilada, sin obligación de cotizar.

## JUBILACIÓN

La prestación económica por causa de jubilación, en su modalidad contributiva, será única para cada beneficiario y consistirá en una pensión vitalicia que le será reconocida, en las condiciones, cuantía y forma que reglamentariamente se determinen, cuando, alcanzada la edad establecida, cese o haya cesado en el trabajo por cuenta ajena.

**Beneficiarios:**

Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de las condiciones generales, reúnan las siguientes:

a) Haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias.

Para el cómputo de los años y meses de cotización se tomarán años y meses completos, sin que se equiparen a un año o un mes las fracciones de los mismos

b) Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.

En los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de dos años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

También tendrán derecho a la pensión de jubilación quienes se encuentren en situación de invalidez provisional y reúnan las condiciones que se establecen en el apartado 1 de este artículo.

No obstante la pensión de jubilación podrá causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que reúnan los requisitos de edad y cotización contemplados en el citado apartado 1.

Para causar pensión en el Régimen General y en otro u otros del sistema de la Seguridad Social será necesario, según los casos, que las cotizaciones acreditadas en cada uno de ellos se superpongan, al menos, durante quince años.

### *Jubilación anticipada.*

La edad mínima podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, en aquellos grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

De igual modo, tal edad mínima podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 por 100, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

La aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso dará ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años.

Podrán acceder a la jubilación anticipada, los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos:

Se establecen dos modalidades de acceso a la jubilación anticipada, la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y la que deriva de la voluntad del interesado, para las cuales se exigen los siguientes requisitos:

A) Respecto de la derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador.

a) Tener cumplida una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior.



b) Encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud de la jubilación.

c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

d) Que el cese en el trabajo se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral. A estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que podrán dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada serán las siguientes:

a. El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

b. El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

c. La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

d. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

e. La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores.

En los supuestos contemplados en las letras a y b, para poder acceder a la jubilación anticipada derivada de cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador, será necesario que éste acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación

de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva.

El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente.

La extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género dará acceso a esta modalidad de jubilación anticipada.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este apartado A), la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima, de los coeficientes que se establecen. Así:

1º. Coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y 6 meses.

2º. Coeficiente del 1,750 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses.

3º. Coeficiente del 1,625 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses.

4º. Coeficiente del 1,500 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 44 años y 6 meses

A los exclusivos efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 161.1 a) y en la disposición transitoria vigésima.

Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo.

B) Respecto del acceso anticipado a la jubilación por voluntad del interesado:

a) Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior.

b) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 35 años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

c) Una vez acreditados los requisitos generales y específicos de dicha modalidad de jubilación, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad. En caso contrario, no se podrá acceder a esta fórmula de jubilación anticipada.

En los casos de acceso a la jubilación anticipada a que se refiere este apartado B), la pensión será objeto de reducción mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima, de los coeficientes que se establecen:

1º. Coeficiente del 2 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización inferior a 38 años y 6 meses.

2º. Coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 38 años y 6 meses e inferior a 41 años y 6 meses.

3º. Coeficiente del 1,750 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de cotización igual o superior a 41 años y 6 meses e inferior a 44 años y 6 meses.

4º. Coeficiente del 1,625 por 100 por trimestre cuando se acredite un período de

cotización igual o superior a 44 años y 6 meses.

A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación, se considerará como tal la que le hubiera correspondido al trabajador de haber seguido cotizando durante el plazo comprendido entre la fecha del hecho causante y el cumplimiento de la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en el artículo 161.1.a) y en la disposición transitoria vigésima.

Para el cómputo de los períodos de cotización se tomarán períodos completos, sin que se equipare a un período la fracción del mismo.

### Cuantía de la pensión

La cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, se determinará aplicando a la base reguladora, calculada conforme a lo dispuesto en el artículo 162 TRLGSS precedente, los porcentajes siguientes:

1.º Por los primeros 15 años cotizados: el 50 por 100.

2.º A partir del año decimosexto, por cada mes adicional de cotización, comprendido entre los meses 1 y 248, se añadirá el 0,19 por 100, y por los que rebasen el mes 248, se añadirá el 0,18 por 100, sin que el porcentaje aplicable a la base reguladora supere el 100 por 100, salvo en el supuesto a que se refiere el apartado siguiente.

A la cuantía así determinada le será de aplicación el factor de sostenibilidad que corresponda en cada momento.

2. Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a la que resulte de la aplicación en cada caso de lo establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización establecido en la letra b) del citado apartado, se reconocerá al interesado un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía estará en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas, según la siguiente escala:

- Hasta 25 años cotizados, el 2 por 100.

- Entre 25 y 37 años cotizados, el 2,75 por 100.
- A partir de 37 años cotizados, el 4 por 100.

El porcentaje adicional obtenido según lo establecido en el párrafo anterior se sumará al que con carácter general corresponda al interesado de acuerdo con el apartado 1, aplicándose el porcentaje resultante a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión, que no podrá ser superior en ningún caso al límite establecido en el artículo 47.

En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcance el indicado límite sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo sólo parcialmente, el interesado tendrá derecho, además, a percibir anualmente una cantidad cuyo importe se obtendrá aplicando al importe de dicho límite vigente en cada momento el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso. La citada cantidad se devengará por meses vencidos y se abonará en 14 pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual.

El beneficio establecido en este apartado no será de aplicación en los supuestos de jubilación parcial, ni de la jubilación flexible a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 165.

3. Cuando para determinar la cuantía de una pensión de jubilación hubieran de aplicarse coeficientes reductores por edad en el momento del hecho causante, aquéllos se aplicarán sobre el importe de la pensión resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje que corresponda por meses de cotización. Una vez aplicados los referidos coeficientes reductores, el importe resultante de la pensión no podrá ser superior a la cuantía resultante de reducir el tope máximo de pensión en un 0,50 por 100 por cada trimestre o fracción de trimestre de anticipación.

4. El coeficiente del 0,50 por 100 a que se refiere el apartado anterior no será de aplicación en los siguientes supuestos:

a) Cuando se trate de jubilaciones causadas al amparo de lo establecido en la norma 2.ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera.

b) En los casos de jubilaciones anticipadas conforme a las previsiones del apartado 1 del artículo 161 bis, en relación con los grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre, o se refieran a personas con discapacidad.

#### Imprescriptibilidad.

El derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, es imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud, en los supuestos de jubilación en situación de alta.

#### **Incompatibilidades.**

El disfrute de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, será incompatible con el trabajo del pensionista, con las salvedades y en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

Con todo, las personas que accedan a la jubilación podrán compatibilizar el percibo de la pensión con un trabajo a tiempo parcial en los términos que reglamentariamente se establezcan. Durante dicha situación, se minorará el percibo de la pensión en proporción inversa a la reducción aplicable a la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

El desempeño de un puesto de trabajo en el sector público delimitado en el **párrafo segundo del apartado 1 del artículo primero de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas**, es incompatible con la percepción de pensión de jubilación, en su modalidad contributiva. La percepción de la pensión indicada quedará en suspenso por el tiempo que dure el desempeño de dicho puesto, sin que ello afecte a sus revalorizaciones.

También será incompatible el percibo de la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, con el desempeño de los altos cargos a los que se refiere el **artículo primero de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades de Altos Cargos**.

### **Jubilación parcial.**

Artículo 166 TRLGSS: Los trabajadores que hayan cumplido la edad a que se refiere el artículo 161.1.a) y la DT 20 1. Los trabajadores que hayan cumplido la edad a que se refiere el artículo 161.1.a) y la disposición transitoria vigésima y reúnan los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación, siempre que se produzca una reducción de su jornada de trabajo comprendida entre un mínimo del 25 por 100 y un máximo del 50 por 100, podrán acceder a la jubilación parcial sin necesidad de la celebración simultánea de un contrato de relevo. Los porcentajes indicados se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

2. Asimismo, siempre que con carácter simultáneo se celebre un contrato de relevo en los términos previstos en el artículo 12.7 del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores a tiempo completo podrán acceder a la jubilación parcial cuando reúnan los siguientes requisitos:

a) Haber cumplido las siguientes edades sin que, a tales efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación al interesado.

Año del hecho causante	Edad exigida según períodos cotizados en el momento del hecho causante		Edad exigida con 33 años cotizados en el momento del hecho causante
2013	61 y 1 mes	33 años y 3 meses o más	61 y 2 meses

2014	61 y 2 meses	33 años y 6 meses o más	61 y 4 meses
2015	61 y 3 meses	33 años y 9 meses o más	61 y 6 meses
2016	61 y 4 meses	34 años o más	61 y 8 meses
2017	61 y 5 meses	34 años y 3 meses o más	61 y 10 meses
2018	61 y 6 meses	34 años y 6 meses o más	62 años
2019	61 y 8 meses	34 años y 9 meses o más	62 y 4 meses
2020	61 y 10 meses	35 años o más	62 y 8 meses
2021	62 años	35 años y 3 meses o más	63 años
2022	62 y 2 meses	35 años y 6 meses o más	63 y 4 meses
2023	62 y 4 meses	35 años y 9 meses o más	63 y 8 meses
2024	62 y 6 meses	36 años o más	64 años
2025	62 y 8 meses	36 años y 3 meses o más	64 y 4 meses
2026	62 y 10 meses	36 años y 3 meses	64 y 8 meses



		meses o más	
2027 siguientes	y 63 años	36 años y 6 meses	65 años

La escala de edades indicada no será de aplicación a los trabajadores a que se refiere la norma 2.<sup>a</sup> del apartado 1 de la disposición transitoria tercera, a quienes se exigirá haber cumplido la edad de 60 años sin que, a estos efectos, se tengan en cuenta las bonificaciones o anticipaciones de la edad de jubilación que pudieran ser de aplicación a los interesados.

b) Acreditar un período de antigüedad en la empresa de, al menos, 6 años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

c) Que la reducción de su jornada de trabajo se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo del 50 por 100, o del 75 por 100 para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida, siempre que se acrediten el resto de los requisitos. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

d) Acreditar un período de cotización de 33 años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100, el período de cotización exigido será de 25 años.

e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser

inferior al 65 por 100 del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

f) Los contratos de relevo que se establezcan como consecuencia de una jubilación parcial tendrán, como mínimo, una duración igual al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 161.1.a) y la disposición transitoria vigésima.

En los casos a que se refiere la letra c), en que el contrato de relevo sea de carácter indefinido y a tiempo completo, deberá mantenerse al menos durante una duración igual al resultado de sumar dos años al tiempo que le falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a que se refiere el artículo 161.1.a) y la disposición transitoria vigésima. En el supuesto de que el contrato se extinga antes de alcanzar la duración mínima indicada, el empresario estará obligado a celebrar un nuevo contrato en los mismos términos del extinguido, por el tiempo restante. En caso de incumplimiento por parte del empresario de las condiciones establecidas en el presente artículo en materia de contrato de relevo, será responsable del reintegro de la pensión que haya percibido el pensionista a tiempo parcial.

g) Sin perjuicio de la reducción de jornada a que se refiere la letra c), durante el período de disfrute de la jubilación parcial, empresa y trabajador cotizarán por la base de cotización que, en su caso, hubiese correspondido de seguir trabajando éste a jornada completa.

3. El disfrute de la pensión de jubilación parcial en ambos supuestos será compatible con un puesto de trabajo a tiempo parcial.

4. El régimen jurídico de la jubilación parcial a que se refieren los apartados anteriores será el que reglamentariamente se establezca.

## **MUERTE Y SUPERVIVENCIA**

En caso de muerte, cualquiera que fuera su causa, se otorgarán, según los supuestos, alguna o algunas de las prestaciones siguientes:

- a) Un auxilio por defunción.
- b) Una pensión vitalicia de viudedad.
- c) Una prestación temporal de viudedad.
- d) Una pensión de orfandad.
- e) Una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares.

En caso de muerte causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional se concederá, además, una indemnización a tanto alzado.

*Sujetos causantes:*

Podrán causar derecho a las prestaciones enumeradas en el artículo anterior:

- a) Las personas integradas en el Régimen General que cumplan la condición general exigida en el artículo 124 (afiliación y alta).
- b) Los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que, en su caso, esté establecido.
- c) Los pensionistas por incapacidad permanente y jubilación, ambos en su modalidad contributiva.

Se reputarán de derecho muertos a consecuencia de accidente de trabajo o de enfermedad profesional quienes tengan reconocida por tales contingencias una invalidez permanente absoluta para todo trabajo o la condición de gran inválido.

Si no se da el anterior supuesto deberá probarse que la muerte ha sido debida al accidente de trabajo o a la enfermedad profesional, siempre que el fallecimiento haya ocurrido dentro de los cinco años siguientes a la fecha del accidente; aunque en caso de enfermedad profesional se admitirá tal prueba, con independencia del tiempo transcurrido.

Los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido

noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente, podrán causar las prestaciones por muerte y supervivencia, excepción hecha del auxilio por defunción. Los efectos económicos de las prestaciones se retrotraerán a la fecha del accidente, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

### **Auxilio por defunción:**

El fallecimiento del causante dará derecho a la percepción inmediata de un auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio a quien los haya soportado. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que dichos gastos han sido satisfechos por este orden: por el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174, hijos y parientes del fallecido que conviviesen con él habitualmente.

### **Pensión de viudedad:**

Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que se cause aquélla desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización.

También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.

En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última.

En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por 100 a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización a que se refiere el artículo 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Dicha pensión será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar por la aplicación de lo previsto en el párrafo anterior en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.

Cumplidos los requisitos de alta y cotización tendrá asimismo derecho a la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50% de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25% en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconocerá derecho a pensión de viudedad cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. El límite indicado se incrementará en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente.

Se considerarán como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

Se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en

alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En todos estos supuestos el derecho a pensión de viudedad se extinguirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado anterior, sin perjuicio de las excepciones establecidas reglamentariamente.

### **Prestación temporal de viudedad.**

Cuando el cónyuge superviviente no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes y reúna el resto de requisitos enumerados en el apartado 1 del artículo 174, tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.

### **Pensión de orfandad.**

Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintiún años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o en situación asimilada al alta. Será de aplicación, asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del número 1 del artículo 174 de esta Ley.

En los casos en que el hijo del causante no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, podrá ser beneficiario de la pensión de orfandad, siempre que en la fecha de fallecimiento del causante, aquél fuera menor de 25 años.

Si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 25 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico.

La pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios, según determinación reglamentaria.

#### *Prestaciones en favor de familiares.*

En los Reglamentos generales de desarrollo de esta Ley se determinarán aquellos otros familiares o asimilados que, reuniendo las condiciones que para cada uno de ellos se establezcan y previa prueba de su dependencia económica del causante, tendrán derecho a pensión o subsidio por muerte de éste, en la cuantía que respectivamente se fije.

En todo caso, se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, en quienes se den, en los términos que se establezcan en los Reglamentos generales, las siguientes circunstancias:

- a) Haber convivido con el causante y a su cargo.
- b) Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos.
- c) Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.
- d) Carecer de medios propios de vida.

A efectos de estas prestaciones, quienes se encuentren en situación legal de separación tendrán, respecto de sus ascendientes o descendientes, los mismos derechos que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio.

#### *Indemnización especial a tanto alzado.*

En el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge superviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho en los términos regulados en el apartado 3 del artículo 174 y los huérfanos tendrán derecho a una indemnización a tanto alzado.



Cuando no existieran otros familiares con derecho a pensión por muerte y supervivencia, el padre o la madre que vivieran a expensas del trabajador fallecido, siempre que no tengan, con motivo de la muerte de éste, derecho a las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, percibirán la indemnización que se establece en el apartado 1 del presente artículo.

El derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, será imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.

La pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo. Pero será incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante 15 años.

La pensión de orfandad será compatible con cualquier renta de trabajo de quien sea o haya sido cónyuge del causante, o del propio huérfano, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que aquél perciba.

Los huérfanos incapacitados para el trabajo con derecho a pensión de orfandad, cuando perciban otra pensión de la Seguridad Social en razón a la misma incapacidad, podrán optar entre una y otra. Cuando el huérfano haya sido declarado incapacitado para el trabajo con anterioridad al cumplimiento de la edad de 18 años, la pensión de orfandad que viniera percibiendo será compatible con la de incapacidad permanente que pudiera causar, después de los 18 años, como consecuencia de unas lesiones distintas a las que dieron lugar a la pensión de orfandad, o en su caso, con la pensión de jubilación que pudiera causar en virtud del trabajo que realice por cuenta propia o ajena.

La suma de las cuantías de las pensiones por muerte y supervivencia no podrá exceder del importe de la base reguladora que corresponda, en función de las cotizaciones efectuadas por el causante. Esta limitación se aplicará a la determinación inicial de las expresadas cuantías, pero no afectará a las revalorizaciones periódicas de las pensiones que procedan en lo sucesivo.

A los efectos de la limitación de las cuantías de pensiones por muerte o supervivencia, las pensiones de orfandad tendrán preferencia sobre las pensiones a favor de otros familiares. Asimismo, y por lo que respecta a estas últimas prestaciones, se establece el siguiente orden de preferencia:

1º Nietos y hermanos, menores de 18 años o mayores incapacitados, del causante.

2º Padre y madre del causante.

3º Abuelos y abuelas del causante.

4º Hijos y hermanos del pensionista de jubilación o incapacidad permanente, en su modalidad contributiva, mayores de 45 años y que reúnan los demás requisitos establecidos.

### **PROTECCIÓN POR DESEMPLEO**

Tiene por objeto regular la protección de la contingencia de desempleo en que se encuentren quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean reducida su jornada ordinaria de trabajo, en los términos previstos en el artículo 208 del TRLGSS.

El desempleo será total cuando el trabajador cese, con carácter temporal o definitivo, en la actividad que venía desarrollando y sea privado, consiguientemente, de su salario.

Se entenderá por desempleo total el cese total del trabajador en la actividad por días completos, continuados o alternos, durante, al menos, una jornada ordinaria de trabajo, en virtud de suspensión de contrato o reducción de jornada autorizada por la autoridad competente.

El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.

A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la

vigencia del contrato de trabajo.

Se establecen los siguientes niveles de protección: la protección por desempleo se estructura en un nivel contributivo y en un nivel asistencial, ambos de carácter público y obligatorio.

El nivel contributivo tiene como objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada.

El nivel asistencial, complementario del anterior, garantiza la protección a los trabajadores desempleados que se encuentren en alguno de los supuestos incluidos en el artículo 215.

### **Personas protegidas**

Estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, el personal contratado en régimen de derecho administrativo y los funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones Públicas, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de la Seguridad Social que protegen dicha contingencia, los liberados de prisión y los miembros de las corporaciones locales y los miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales, Cabildos Insulares Canarios y Consejos Insulares Baleares y los cargos representativos de los Sindicatos constituidos al amparo de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección, siempre que todos ellos desempeñen los indicados cargos con dedicación exclusiva o parcial y percibiendo una retribución.

Asimismo, estarán comprendidos en la protección por desempleo, en las condiciones previstas en este Título para los trabajadores por cuenta ajena, los altos cargos de las Administraciones Públicas con dedicación exclusiva, percibiendo retribuciones y que no sean funcionarios públicos. No se aplicará lo dispuesto en este párrafo a los altos cargos de las Administraciones Públicas que tengan derecho a percibir retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria como consecuencia de

su cese.

**Acción protectora:**

La protección por desempleo comprenderá las prestaciones siguientes:

1) En el nivel contributivo:

a) Prestación por desempleo total o parcial.

b) Abono de la aportación de la empresa correspondiente a las cotizaciones a la Seguridad Social durante la percepción de las prestaciones por desempleo, salvo en los supuestos previstos en el apartado 2 del artículo 214, así como del complemento de la aportación del trabajador en los términos previstos en el apartado 4 del artículo 214 de esta Ley.

2) En el nivel asistencial:

a) Subsidio por desempleo.

b) Abono, en su caso, de la cotización a la Seguridad Social correspondiente a la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo, en los supuestos que se establecen en el artículo 218.

c) Derecho a las prestaciones de asistencia sanitaria y, en su caso, a las prestaciones familiares, en las mismas condiciones que los trabajadores incluidos en algún régimen de Seguridad Social.

La acción protectora comprenderá, además, acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional en favor de los trabajadores desempleados, y aquellas otras que tengan por objeto el fomento del empleo estable. Todo ello sin perjuicio, en su caso, de las competencias de gestión de las políticas activas de empleo que se desarrollarán por la Administración General del Estado o por la Administración Autonómica correspondiente, de acuerdo con la normativa de aplicación.

**Cuantía de la prestación por desempleo:**

La base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha contingencia durante los últimos 180 días del período a que se refiere el apartado 1 del artículo 210

En el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo se excluirá la retribución por horas extraordinarias, con independencia de su inclusión en la base de cotización por dicha contingencia fijada en el artículo 224 de esta Ley. A efectos de ese cálculo dichas retribuciones tampoco se incluirán en el certificado de empresa.

La cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora los siguientes porcentajes: El 70 por 100 durante los ciento ochenta primeros días y el 50 por 100 a partir del día ciento ochenta y uno.

La cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por 100 del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo, en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200 por 100 o del 225 por 100 de dicho indicador.

La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por 100 o del 80 por 100 del indicador público en rentas de efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo.

En caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinaran teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1 de este artículo, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período.

A estos efectos, se tendrá en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho, incrementado en una sexta parte.

La prestación por desempleo parcial se determinará, según las reglas señaladas en los apartados anteriores, en proporción a la reducción de la jornada de trabajo.

En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 del artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el cien por cien de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los apartados anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada.

**CRISTINA CASTROVIEJO OJEA**

LCDA. EN DERECHO. CUERPO SUPERIOR DE LA  
ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

**ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA**

LCDA. EN DERECHO  
LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA

## **TEMA 8**

**LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE LA  
SEGURIDAD SOCIAL: FINALIDAD Y CLASES.  
INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA: REQUISITOS Y  
PROCEDIMIENTO PARA SU OBTENCIÓN.  
JUBILACIÓN NO CONTRIBUTIVA**

## **TEMA 8. LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: FINALIDAD Y CLASES. INVALIDEZ NO CONTRIBUTIVA: REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO PARA SU OBTENCIÓN. JUBILACIÓN NO CONTRIBUTIVA**

### **LAS PRESTACIONES NO CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: FINALIDAD Y CLASES**

Las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social son aquellas que se reconocen a aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos suficientes para su subsistencia en los términos legalmente establecidos, aun cuando no hayan cotizado nunca o el tiempo suficiente para alcanzar las prestaciones del nivel contributivo. Dentro de esta modalidad, se encuentran las pensiones de jubilación e invalidez.

Fueron reguladas por la Ley 26/1990, cuya exposición de motivos afirma que su promulgación tenía como objetivo principal el establecimiento y regulación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, como desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un «régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos», y, por tanto, dictada al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.17.<sup>a</sup> también de la Constitución.

Se trataba de una iniciativa que venían a completar las reformas básicas del Sistema de la Seguridad Social iniciadas con la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, cuyo preámbulo ya preveía que, el siguiente paso, habría de ser *«una regulación unitaria de las distintas acciones de los poderes públicos para integrarlas en un nivel no contributivo de pensiones en favor de aquellos ciudadanos que, encontrándose en situación de necesidad protegible, carezcan de recursos económicos propios suficientes para su subsistencia»*.

La ampliación de la protección social trataba de dar respuesta a una aspiración social de solidaridad que, en concreto, se puso de manifiesto en las encuestas realizadas en el marco de los estudios preparatorios de la Ley, según las cuales, una de las demandas



prioritarias de la sociedad es la garantía de pensiones públicas para todos los ancianos o inválidos sin recursos que, por las causas que fueren, no acceden a las prestaciones hoy vigentes.

Esas situaciones de necesidad, no suficientemente cubiertas por los mecanismos asistenciales que existían hasta la fecha, resultaban colmadas de forma más segura jurídicamente y con mayor grado de suficiencia protectora con las nuevas modalidades no contributivas de las pensiones de invalidez y jubilación, que la Ley establecía. Estas prestaciones se configuraron como derechos subjetivos perfectos en favor de los beneficiarios, quienes, en cuanto pensionistas de la Seguridad Social, recibirán no sólo una renta económica, sino también la asistencia médico-farmacéutica y los servicios sociales, obteniendo de esta forma una cobertura integral ante su estado de necesidad.

**La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas (posteriormente derogada por la Disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el TRLGSS)** faculta, en su disposición final segunda, al Gobierno para dictar las normas de desarrollo de la misma que permitan su aplicación real.

A tal finalidad responde el **Real Decreto 357/1991**, vigente, mediante el cual se efectúa el desarrollo reglamentario de la disposición legal citada en el ámbito de las pensiones de Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, posteriormente superado en el TRLGSS.

INVALIDEZ EN SU MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA: requisitos y procedimiento para su obtención.

Beneficiarios:

1. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, en su modalidad no contributiva, las personas que cumplan los siguientes requisitos:
  - a) Ser mayor de dieciocho y menor de sesenta y cinco años de edad.
  - b) Residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los

cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la pensión.

c) Estar afectadas por una discapacidad o por una enfermedad crónica en un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento.

d) Carecer de rentas o ingresos suficientes. Se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes cuando la suma, en cómputo anual, de los mismos sea inferior al importe, también en cómputo anual, de la prestación a que se refiere el apartado 1 del artículo 145, relativo a la cuantía de esta pensión.

Aunque el solicitante carezca de rentas o ingresos propios, en los términos señalados, si convive con otras personas en una misma unidad económica, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas o ingresos suficientes cuando la suma de los de todos los integrantes de aquella sea inferior al límite de acumulación de recursos obtenido conforme a lo establecido en los apartados siguientes.

Los beneficiarios que sean contratados por cuenta ajena, que se establezcan por cuenta propia o que se acojan a los programas de renta activa de inserción para trabajadores desempleados de larga duración mayores de 45 años, recuperarán automáticamente, en su caso, el derecho a dicha pensión cuando, respectivamente, se les extinga su contrato, dejen de desarrollar su actividad laboral o cesen en el programa de renta activa de inserción. No se tendrán en cuenta, en el cómputo anual de sus rentas, las que hubieran percibido en virtud de su actividad laboral por cuenta ajena, propia o por su integración en el programa de renta activa de inserción en el ejercicio económico en que se produzca la extinción del contrato, el cese en la actividad laboral o en el citado programa.

Los límites de acumulación de recursos, en el supuesto de unidad económica, serán equivalentes a la cuantía, en cómputo anual, de la pensión, más el resultado de multiplicar el setenta por ciento de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno.

Cuando la convivencia, dentro de una misma unidad económica, se produzca entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes en primer grado, los límites de acumulación de recursos serán equivalentes a dos veces y media de la cuantía que resulte de aplicar lo anteriormente señalado.

Existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarias, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado.

A los efectos anteriores, se considerarán como ingresos o rentas computables, cualesquiera bienes y derechos, derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional.

Cuando el solicitante o los miembros de la unidad de convivencia en que esté inserto dispongan de bienes muebles o inmuebles, se tendrán en cuenta sus rendimientos efectivos. Si no existen rendimientos efectivos, se valorarán según las normas establecidas para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con la excepción, en todo caso, de la vivienda habitualmente ocupada por el beneficiario. Tampoco se computarán las asignaciones periódicas por hijos a cargo.

Las rentas o ingresos propios, así como los ajenos computables, por razón de convivencia en una misma unidad económica, la residencia en territorio español y el grado de discapacidad o de enfermedad crónica condicionan tanto el derecho a pensión como la conservación de la misma y, en su caso, la cuantía de aquélla.

#### Cuantía de la pensión.

1. La cuantía de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva se fijará, en su importe anual, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Cuando en una misma unidad económica concorra más de un beneficiario con derecho a pensión de esta misma naturaleza, la cuantía de cada una de las pensiones vendrá determinada en función de las siguientes reglas:

1º. Al importe referido en el primer párrafo de este apartado se le sumará el setenta por ciento de esa misma cuantía, tantas veces como número de beneficiarios, menos uno, existan en la unidad económica.

2º. La cuantía de la pensión para cada uno de los beneficiarios será igual al cociente de dividir el resultado de la suma prevista en la regla primera por el número de beneficiarios

con derecho a pensión.

2. Las cuantías resultantes de lo establecido en el apartado anterior de este artículo, calculadas en cómputo anual, son compatibles con las rentas o ingresos anuales que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 35 por 100 del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. En otro caso, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de tal porcentaje, salvo lo dispuesto en el artículo 147 del TRLGSS.

3. En los casos de convivencia del beneficiario o beneficiarios con personas no beneficiarias, si la suma de los ingresos o rentas anuales de la unidad económica más la pensión o pensiones no contributivas, calculadas conforme a lo dispuesto en los dos apartados anteriores, superara el límite de acumulación de recursos establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo anterior, la pensión o pensiones se reducirán, para no sobrepasar el mencionado límite, disminuyendo, en igual cuantía, cada una de las pensiones.

4. No obstante lo que acabamos de señalar, la cuantía de la pensión reconocida será, como mínimo, del veinticinco por ciento del importe de la pensión a que se refiere el apartado 1 de este artículo.

6. Las personas que, cumpliendo los requisitos establecidos, estén afectadas por una discapacidad o enfermedad crónica en un grado igual o superior al setenta y cinco por ciento y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, tendrán derecho a un complemento equivalente al cincuenta por ciento del importe de la pensión.

#### Efectos económicos de las pensiones.

Los efectos económicos del reconocimiento del derecho a las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se presente la solicitud.

### Compatibilidad de las pensiones.

Las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido, y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo.

En el caso de personas que con anterioridad al inicio de una actividad lucrativa vinieran percibiendo pensión de invalidez en su modalidad no contributiva, durante los cuatro años siguientes al inicio de la actividad, la suma de la cuantía de la pensión de invalidez y de los ingresos obtenidos por la actividad desarrollada no podrán ser superiores, en cómputo anual, al importe, también en cómputo anual, del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento. En caso de exceder de dicha cuantía, se minorará el importe de la pensión en el 50 por 100 del exceso sin que, en ningún caso, la suma de la pensión y de los ingresos pueda superar 1,5 veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM). Esta reducción no afectará al complemento previsto en el apartado 6 del artículo 145 del TRLGSS.

### Calificación.

1. El grado de discapacidad o de la enfermedad crónica padecida, a efectos del reconocimiento de la pensión en su modalidad no contributiva, se determinará mediante la aplicación de un baremo, en el que serán objeto de valoración tanto los factores físicos, psíquicos o sensoriales de la presunta persona con discapacidad, como los factores sociales complementarios, y que será aprobado por el Gobierno.
2. Asimismo, la situación de dependencia y la necesidad del concurso de una tercera persona a que se refiere el apartado 6 del artículo 145 TRLGSS, se determinará mediante la aplicación de un baremo que será aprobado por el Gobierno.
3. Las pensiones de invalidez no contributivas, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que viniesen percibiendo.

### Obligaciones de los beneficiarios.

Los perceptores de las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva estarán obligados a comunicar a la entidad que les abone la prestación cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia y cuantas puedan tener incidencia en la conservación o la cuantía de aquéllas. En todo caso, el beneficiario deberá presentar, en el primer trimestre de cada año, una declaración de los ingresos de la respectiva unidad económica de la que forma parte, referida al año inmediato precedente.

Por su parte, el artículo 5 del RD 357/1991 señala que:

*1. El grado de minusvalía o enfermedad crónica será revisable, en tanto que el beneficiario no haya cumplido los sesenta y cinco años, por alguna de las siguientes causas:*

*a) Agravación o mejoría de la situación de minusvalía o enfermedad crónica.*

*b) Variación de los factores sociales complementarios.*

*c) Error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.*

*2. El Organismo gestor podrá revisar el grado de minusvalía o enfermedad crónica reconocido. A tal fin, en la propuesta del órgano de calificación de la minusvalía o enfermedad crónica se establecerá, cuando proceda en atención a las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado de minusvalía o enfermedad crónica que se declare. Asimismo, en cada una de las revisiones que se efectúen se determinará, en su caso, la fecha de la siguiente revisión.*

*3. La primera revisión del grado de minusvalía o enfermedad crónica podrá instarse, por parte del interesado, una vez que hayan transcurrido dos años desde la fecha en que se haya reconocido dicho grado. Las posteriores revisiones podrán instarse después de transcurrido un año desde la fecha de la resolución que haya resuelto la petición de revisión anterior. Los plazos precedentes no serán de aplicación cuando se acredite suficientemente la variación de los factores personales o sociales valorados.*

*4. Las revisiones reguladas en este artículo se realizarán con arreglo al procedimiento*

*establecido en el Capítulo IV de este Real Decreto para el reconocimiento del derecho a las pensiones.*

*5. Si como consecuencia de la revisión se reduce el grado inicialmente reconocido, los efectos económicos de la revisión tendrán lugar desde el día 1 del mes siguiente al que se haya dictado la resolución.*

*Si como consecuencia de la revisión se incrementa el grado de minusvalía inicialmente reconocido y/o se declara la necesidad de concurso de otra persona, a efectos del complemento a que se refiere el artículo 2 de este Real Decreto, los efectos económicos de la revisión tendrán lugar desde el día 1 del mes siguiente al de la solicitud del interesado, salvo que la revisión se hubiera producido de oficio, en cuyo supuesto los efectos económicos serán a partir del día 1 del mes siguiente a aquel en que se haya emitido el oportuno dictamen por el equipo de valoración y orientación a que se refiere el número 2 del artículo 21 .*

#### JUBILACIÓN NO CONTRIBUTIVA.

##### Beneficiarios:

Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, las personas que cumplan los siguientes requisitos:

- a) Haber cumplido los sesenta y cinco años de edad.
- b) Residir legalmente en territorio nacional y haberlo hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la pensión.
- c) Carecer de rentas o ingresos suficientes en los términos establecidos en el artículo 11 del RD 357/1991,

2. Las rentas e ingresos propios, así como los ajenos computables por razón de convivencia en una misma unidad económica, y la residencia en territorio español, condicionan tanto el derecho a pensión como la conservación de la misma y, en su caso, la cuantía de aquélla.

### Cuantía de la pensión.

Para la determinación de la cuantía de la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, se estará a lo dispuesto para la pensión de invalidez en el artículo 145 de la presente Ley.

### Efectos económicos del reconocimiento del derecho.

Los efectos económicos del reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se presente la solicitud.

### Obligaciones de los beneficiarios.

Los perceptores de la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, estarán obligados al cumplimiento de lo establecido, para la pensión de invalidez, en el artículo 149 de la presente Ley.

Por último, el RD 357/1991 recoge una serie de normas comunes a las pensiones de invalidez y jubilación no contributivas.

### *Artículo 10. Requisito de residencia legal*

*1. El requisito de residencia legal para el reconocimiento y conservación del derecho a la pensión quedará acreditado siempre que teniendo el interesado domicilio en territorio español resida en el mismo, ostentando la condición de residente.*

*2. La residencia continuada anterior a la solicitud de la pensión y la posterior al reconocimiento del derecho no se considerará interrumpida por las ausencias del territorio español inferiores a noventa días a lo largo de cada año natural, así como cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.*

### *Artículo 11. Carencia de rentas o ingresos*

*1. Se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes cuando los que disponga o se prevea va a disponer el interesado, en cómputo anual, de enero a diciembre, sean inferiores a la cuantía, también en cómputo anual, de las pensiones no contributivas de la*



*Seguridad Social que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.*

*2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, cuando el solicitante carezca de rentas o ingresos suficientes, si convive con otras personas en una misma unidad económica, únicamente se entenderá cumplido dicho requisito cuando la suma de las rentas o ingresos computables de todos los integrantes de aquélla, en los términos previstos en el número anterior, sea inferior al límite de acumulación de recursos, equivalente a la cuantía, en cómputo anual, de la pensión más el resultado de multiplicar el 70 por 100 de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno.*

*Cuando la convivencia, dentro de una misma unidad económica, se produzca entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes consanguíneos o por adopción en primer grado, el límite de acumulación de recursos será equivalente a dos veces y media la cuantía que resulte de aplicar lo dispuesto en el primer párrafo.*

#### *Artículo 12. Rentas o ingresos computables*

*1. A efectos de lo establecido en el artículo anterior se consideran rentas o ingresos computables los bienes y derechos de que dispongan anualmente el beneficiario o la unidad económica de convivencia, derivados tanto del trabajo como del capital, así como cualesquiera otros sustitutivos de aquéllos.*

*2. Se entenderá por rentas de trabajo las retribuciones, tanto dinerarias como en especie, derivadas del ejercicio de actividades por cuenta propia o ajena.*

*Se equiparan a rentas de trabajo las prestaciones reconocidas por cualquiera de los regímenes de previsión social financiados con cargo a recursos públicos o privados.*

*Asimismo tendrán la consideración de ingresos sustitutivos de las rentas de trabajo cualesquiera otras percepciones supletorias de éstas a cargo de fondos públicos o privados.*

*3. Como rentas de capital se computarán la totalidad de los ingresos que provengan de elementos patrimoniales, tanto de bienes como de derechos, considerándose según sus*

*rendimientos efectivos. De no existir, éstos se valorarán conforme a las normas establecidas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a excepción de la vivienda habitualmente ocupada.*

*4. En todo caso se computarán las rentas o ingresos, de cualquier naturaleza, que se tenga derecho a percibir o disfrutar, salvo las asignaciones económicas por hijo a cargo, tenga o no la condición de persona con discapacidad, en sus distintas modalidades, otorgadas por el sistema de la Seguridad Social, el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte, previsto en la Ley de Integración Social de los Minusválidos, los premios o recompensas otorgados a personas con discapacidad en los centros ocupacionales, así como las prestaciones económicas y en especie otorgadas en aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (RCL 2006, 2226) , de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.*

#### *Artículo 13. Unidad económica de convivencia*

*Existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarios, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco por consanguinidad o por adopción hasta el segundo grado.*

#### *Artículo 14. Cálculo de las cuantías*

*1. La cuantía de las pensiones, en su importe anual, será la que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Su pago se fraccionará en catorce pagas, correspondientes a cada uno de los meses del año y dos pagas extraordinarias que se devengarán en los meses de junio y noviembre.*

*Cuando en una misma unidad económica concorra más de un beneficiario con derecho a pensión de esta misma naturaleza, la cuantía de cada una de las pensiones vendrá determinada en función de las siguientes reglas:*

*Primera. Al importe referido en el número 1 se le sumará el 70 por 100 de esa misma cuantía tantas veces como número de beneficiarios, menos uno, existan en la unidad económica.*

*Segunda. La cuantía de la pensión para cada uno de los beneficiarios será igual al cociente de dividir el resultado de la suma prevista en la regla primera por el número de beneficiarios con derecho a pensión.*

*2. De las cuantías individuales resultantes de la aplicación de lo establecido en el número anterior, calculadas en cómputo anual, se deducirán, en su caso, las rentas o ingresos anuales computables de que disponga cada beneficiario.*

*3. En los supuestos de convivencia del beneficiario o beneficiarios en una misma unidad económica con personas no beneficiarias, si la suma de los ingresos o rentas anuales de todos los componentes de la unidad económica, más los importes de la pensión o pensiones no contributivas calculadas conforme a lo dispuesto en los números anteriores superase el límite de acumulación de recursos establecido en el artículo 11 , la pensión o pensiones se reducirán, para no sobrepasar dicho límite, disminuyéndose, por igual cuantía, cada una de las pensiones.*

*4. La cuantía mínima de la pensión a reconocer será, en cualquier caso, igual al 25 por 100 de la cuantía de la pensión a que se refiere el número 1 de este artículo, aunque el cálculo resultante de la aplicación de lo dispuesto en los números 2 y 3, hubiera dado un resultado inferior a dicho porcentaje.*

*5. La cuantía mensual a abonar a cada beneficiario se redondeará al múltiplo de diez más cercano por exceso.*

#### **Artículo 15. Reconocimiento y efectos**

*1. El reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación o invalidez, en sus modalidades no contributivas, dará lugar a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, previo reconocimiento del derecho a la misma por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, así como el acceso a los servicios sociales establecidos en el sistema para los pensionistas.*

*A tal efecto, la Tesorería General de la Seguridad Social expedirá, en favor de los beneficiarios de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, el correspondiente documento que sirva para acreditar, en todo el territorio nacional, su condición de*

*pensionistas de Seguridad Social.*

*2. Los efectos económicos de la pensión se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se hubiere presentado la solicitud.*

#### *Artículo 16. Obligaciones de los beneficiarios*

*1. Los perceptores de las pensiones de invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, vendrán obligados a comunicar, en el plazo máximo de treinta días desde la fecha en que se produzca, cualquier variación de su situación de convivencia, estado civil, residencia, recursos económicos propios o ajenos computables por razón de convivencia, y cuantas puedan tener incidencia en la conservación o en la cuantía de aquélla.*

*Cuando del incumplimiento de esta obligación se derive una percepción indebida de prestaciones, el interesado, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1974, 1482) , deberá reintegrar las cantidades indebidamente percibidas, desde el primer día del mes siguiente a aquel en que hubiera variado la situación, cualquiera que sea el momento en que se detecte la variación, salvo que la acción para solicitar la devolución hubiera prescrito, por transcurso del plazo de cinco años.*

*2. Conforme a lo establecido en la disposición adicional quinta de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre (RCL 1990, 2644y RCL 1991, 253) , los beneficiarios deberán presentar una declaración de los ingresos o rentas computables, de la respectiva unidad económica de convivencia, referidos al año inmediatamente anterior.*

*Al mismo tiempo, declararán las posibles variaciones en los ingresos o rentas justificados, referidos al año en curso, a efectos de modificar, en su caso, la cuantía a abonar, según el importe vigente de la pensión.*

*La declaración a que se refiere el primer párrafo de este número deberá presentarse en el primer trimestre de cada año. Incumplida dicha obligación y previo requerimiento del Organismo gestor al beneficiario, con la advertencia expresa de las consecuencias del incumplimiento, se procederá, como medida cautelar, a suspender el pago de la pensión.*

### *Artículo 17. Variación de rentas o ingresos*

*En el supuesto de que el beneficiario viera incrementados o minorados las rentas o ingresos, inicialmente previstos, de los que, por su estimación en cómputo anual, de enero a diciembre, pudiera derivarse la modificación de la cuantía de la pensión que viniera percibiendo o la extinción del derecho a la misma, el organismo gestor, sin perjuicio de la regularización que proceda una vez concluido el ejercicio económico de que se trate, revisará el importe de la pensión o interrumpirá el pago de ésta, con efectos del día primero del mes siguiente a aquel en que se hubiera producido la variación correspondiente.*

### *Artículo 18. Incompatibilidad entre prestaciones*

*1. La condición de beneficiario de las modalidades no contributivas de las pensiones de la Seguridad Social es incompatible con la percepción de las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio (RCL 1960, 1038) , así como con la de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona establecidos en la Ley 13/1982, de 7 de abril (RCL 1982, 1051) , y regulados por Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero (RCL 1984, 574) .*

*En tal supuesto deberá ejercitarse opción en favor de alguna de las prestaciones declaradas incompatibles.*

*2. Asimismo, la condición de pensionista de invalidez o jubilación en las modalidades no contributivas por parte del hijo con minusvalía es incompatible con el derecho de los padres o de aquél, cuando sea huérfano absoluto, a percibir la asignación económica por hijo a cargo regulada por los apartados 3.2 y 3.3 del artículo 167 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por el artículo 3 de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre.*

*En tales supuestos deberá ejercerse la correspondiente opción que, en el caso de que los beneficiarios sean diferentes, deberá formularse previo acuerdo de ambos. A falta de acuerdo, prevalecerá el derecho a la pensión de Seguridad Social de invalidez o jubilación en su modalidad no contributiva.*

*En los casos en que se viniese percibiendo una pensión no contributiva y se optase en favor de la asignación económica por hijo minusválido a cargo, los efectos económicos de la pensión no contributiva se extenderán hasta el último día del mes anterior a aquel en que han de surtir efectos económicos las asignaciones por hijo a cargo reconocidas.*

#### *Artículo 19. Extinción de los efectos económicos de las pensiones de invalidez y jubilación*

*Los efectos económicos de las pensiones declaradas extinguidas, a tenor de lo previsto en los artículos 7 y 9 de este Real Decreto, se extenderán hasta el último día del mes en que se haya producido la causa determinante de su extinción, salvo en los supuestos en que la misma se haya producido por una modificación del grado de minusvalía declarado, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el número 5 del artículo 5*

#### *Artículo 20. Infracciones*

*El incumplimiento de las obligaciones de los beneficiarios, así como cualquier actuación dirigida a obtener o a conservar fraudulentamente la pensión, podrá ser objeto de las sanciones correspondientes de acuerdo con la gravedad de la infracción, conforme a la regulación contenida en la Ley 8/1988, de 7 de abril (RCL 1988, 780) , sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social.*

*Las sanciones referidas se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.*

Finalmente señalar que también debe hacerse referencia a las **prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva**, las cuales consistirán en:

a) Una asignación económica por cada hijo, menor de 18 años o, cuando siendo mayor de dicha edad, esté afectado por una minusvalía, en un grado igual o superior al 65 por 100, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquéllos, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

El causante no perderá la condición de hijo o de menor acogido a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena siempre que continúe viviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos anuales del causante, en concepto

de rendimientos del trabajo, no superen el 100 por 100 del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual.

Tal condición se mantendrá aunque la afiliación del causante como trabajador suponga su encuadramiento en un régimen de Seguridad Social distinto a aquél en el que esté afiliado el beneficiario de la prestación.

b) Una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas.

c) Una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

### **Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo**

#### Beneficiarios

Tendrán derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo quienes:

a) Residan legalmente en territorio español.

b) Tengan a su cargo hijos o menores acogidos en quienes concurren las circunstancias ya señaladas y que residan en territorio español.

En los casos de separación judicial o divorcio, el derecho al percibo de la asignación se conservará para el padre o la madre por los hijos o menores acogidos que tenga a su cargo.

c) No perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.547,96 e euros. La cuantía anterior se incrementará en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido.

Pero si se trata de personas que forman parte de familias numerosas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección a las Familias Numerosas, también tendrán derecho a la indicada asignación económica por hijo a cargo si sus ingresos anuales no son superiores a 17.380,39 euros, en los supuestos en que concurren tres hijos a cargo, incrementándose en 2.815,14 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido.



En caso de convivencia del padre y de la madre, si la suma de los ingresos de ambos superase los límites de ingresos establecidos en los párrafos anteriores, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos. Igual regla se aplicará en los supuestos en que el acogimiento familiar, permanente o preadoptivo, se haya constituido por dos personas que formen una misma unidad familiar.

Los límites de ingresos anuales a que se refieren los dos primeros párrafos se actualizarán anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, respecto de la cuantía establecida en el ejercicio anterior, al menos, en el mismo porcentaje que en dicha Ley se establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social.

No obstante, también podrán ser beneficiarios de las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo, quienes perciban ingresos anuales, por cualquier naturaleza, que, superando la cifra indicada en los párrafos anteriores, sean inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de los beneficiarios.

En esos casos, la cuantía anual de la asignación será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y la cifra resultante de aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior. Dicha cuantía será distribuida entre los hijos o menores acogidos a cargo del beneficiario y las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, se tenga derecho a la asignación.

*No se reconocerá asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, cuando la diferencia a que se refiere el párrafo anterior sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o menor acogido a cargo no discapacitado.*

d) No tengan derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

Serán beneficiarios de la asignación que, en su caso y en razón de ellos, hubiera correspondido a sus padres, aquellos huérfanos de padre y madre, menores de 18 años o minusválidos en un grado igual o superior al 65 por 100. Este criterio se seguirá en el



supuesto de quienes no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus padres, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

Y también serán beneficiarios de las asignaciones que en razón de ellos corresponderían a sus padres, los hijos minusválidos mayores de dieciocho años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar.

Cuando se trate de menores no discapacitados, será requisito indispensable que sus ingresos anuales, incluida, en su caso, la pensión de orfandad, no superen el límite establecido.

A efectos del reconocimiento de la condición de beneficiario, en los supuestos de hijos o menores acogidos a cargo minusválidos, no se exigirá límite de recursos económicos.

La cuantía de la asignación económica será, en cómputo anual, de 291 euros, salvo en los supuestos especiales que se contienen en el apartado siguiente.

En los casos en que el hijo o menor acogido a cargo tenga la condición de discapacitado, el importe de la asignación económica será, en cómputo anual, el siguiente:

a) 1.000 euros cuando el hijo o menor acogido a cargo tenga un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100.

b) 4.402,80 euros, cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años y esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100.

c) 6.604,80 euros, cuando el hijo a cargo, sea mayor de 18 años, esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 75 por 100 y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

El grado de discapacidad, a efectos del reconocimiento de las asignaciones por hijo o menor acogido minusválido a cargo, así como la situación de dependencia y la necesidad del concurso de otra persona a que se refiere el apartado 2.c), del artículo anterior, se determinarán mediante la aplicación del baremo aprobado por

el Gobierno mediante real decreto.

Todo beneficiario estará obligado a declarar cuantas variaciones se produzcan en su familia, siempre que éstas deban ser tenidas en cuenta a efectos del nacimiento, modificación o extinción del derecho.

En ningún caso será necesario acreditar documentalmente aquellos hechos o circunstancias, tales como el importe de las pensiones y subsidios, que la Administración de la Seguridad Social deba conocer por sí directamente.

Todo beneficiario estará obligado a presentar, dentro del primer trimestre de cada año, una declaración expresiva de los ingresos habidos durante el año anterior.

Cuando se produzcan las variaciones a que se refiere el apartado anterior, surtirán efecto, en caso de nacimiento del derecho, a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente a la fecha en que se haya solicitado el reconocimiento del mismo y, en caso de extinción del derecho, tales variaciones no producirán efecto hasta el último día del trimestre natural dentro del cual se haya producido la variación de que se trate.

Las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo se devengarán en función de las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, tenga derecho el beneficiario.

El abono de las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo se efectuará con la periodicidad que se establezca en las normas de desarrollo de esta Ley.

**CRISTINA CASTROVIEJO OJEA**

LCDA. EN DERECHO. CUERPO SUPERIOR DE LA  
ADMINISTRACIÓN DE LA XUNTA DE GALICIA. SUBGRUPO A1

**ACTUALIZADO POR MARTA CARBALLO NEIRA**

LETRADA DE LA XUNTA DE GALICIA